



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 13005.721718/2014-49
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9101-003.442 – 1ª Turma
Sessão de 6 de março de 2018
Matéria Dedutibilidade de despesas de amortização de ágio gerado internamente.
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
ALLIANCE ONE BRASIL EXPORTADORA DE TABACOS LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MATÉRIA PREJUDICADA NO JULGAMENTO DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS. RESTABELECIMENTO DA MULTA QUALIFICADA. CESSAÇÃO DA QUESTÃO PREJUDICIAL. NECESSIDADE DE JULGAMENTO DO MÉRITO.

Uma vez restabelecida a aplicação da multa de ofício qualificada, deixa de existir questão implicitamente considerada como prejudicial pela Turma *a quo* por ocasião do julgamento dos recursos voluntários dos sujeitos passivos.

Naquela ocasião, a responsabilidade solidária foi afastada em decorrência da desqualificação da multa de ofício. Tendo sido restabelecida, em sede de julgamento de recurso especial, a multa de ofício ao seu percentual qualificado de 150%, faz-se necessário o retorno dos autos à Turma *a quo* para julgamento quanto ao cabimento da responsabilidade tributária solidária imputada aos ex-diretores da contribuinte.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

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

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária

que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2009, 2010

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razão que demande tratamento diferenciado, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Cristiane Silva Costa e José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado). Acordam, ainda, (i) por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento em relação à multa qualificada, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, José Eduardo Dornelas Souza e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento; e (ii) por maioria de votos, em devolver os autos ao colegiado de origem para prolação de nova decisão quanto à atribuição de responsabilidade solidária aos ex-diretores da contribuinte e da MERIDIONAL, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa e Gerson Macedo Guerra, que entenderam não ser necessária sua devolução para novo julgamento. Declarou-se impedida de participar do julgamento a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza..

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego - Presidente

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e pela contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL EXPORTADORA DE TABACOS LTDA., com fundamento nos arts. 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015).

Os recorrentes questionam as partes que lhes foram desfavoráveis no Acórdão nº 1402-002.148, por meio do qual os membros da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiram, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela contribuinte para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% e dar provimento aos recursos voluntários das pessoas físicas apontadas pela Fiscalização como responsáveis solidários para excluí-los da relação jurídico-tributária.

No que tange ao ponto central do mérito, a decisão recorrida manteve os autos de infração lavrados pela Fiscalização. As autuações se fundamentaram no entendimento de que a contribuinte excluiu indevidamente, nos anos-calendário 2009 a 2010, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, despesas relativas à amortização fiscal de ágio contabilizado em operações societárias que envolveram ato simulado de compra e venda de participação societária entre empresas do mesmo grupo econômico, sem a efetivação de alteração no controle das sociedades envolvidas. As despesas foram consideradas indedutíveis, uma vez que o ágio teria sido gerado de forma artificial, sem propósito negocial ou substrato econômico.

Tais operações envolveram a contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL EXPORTADORA DE TABACOS LTDA. (que à época tinha a denominação de DIMON DO BRASIL TABACOS LTDA.) e várias empresas a ela relacionadas.

Até maio de 2005, a contribuinte era subsidiária no Brasil do grupo multinacional DIMON INCORPORATED, sendo controlada diretamente pela *holding* internacional INTABEX NETHERLANDS B.V. (doravante denominada apenas de INTABEX). Já a MERIDIONAL DE TABACOS LTDA. (mencionada de agora em diante como MERIDIONAL), até então concorrente da contribuinte, era a subsidiária brasileira do grupo internacional STANDARD COMMERCIAL CORPORATION, tendo como controladoras diretas as *holdings* estrangeiras TRANS-CONTINENTAL LEAF TOBACCO CORPORATION LIMITED e STANDARD COMMERCIAL TOBACCO CO. INC..

Em 13/05/2005, os dois grupos multinacionais citados resolvem se unir por meio da incorporação da STANDARD COMMERCIAL CORPORATION pela DIMON INCORPORATED. A empresa resultante recebe a denominação de ALLIANCE ONE INTERNATIONAL INC..

Em 30/08/2005, a INTABEX, única sócia da ALLIANCE ONE BRASIL, cede, a título oneroso, a totalidade das quotas da contribuinte à MERIDIONAL, por seu valor de mercado estimado em R\$ 507.000.000,00 (valor baseado na expectativa de rentabilidade futura das quotas reavaliadas, de acordo com laudo elaborado por empresa especializada). Como o valor patrimonial das quotas cedidas era de R\$ 268.324.917,57, a MERIDIONAL registrou ágio equivalente à diferença entre este valor e o "custo de aquisição" da participação

societária alienada (R\$ 238.675.082,43). Para "pagar" sua dívida com a INTABEX, a MERIDIONAL emitiu novas quotas de capital no valor de R\$ 507.000.000,00, que foram subscritas por sua credora mediante a capitalização das "contas a pagar" registradas em seu favor.

Um mês depois, em 30/09/2005, a contribuinte incorpora sua então controladora integral MERIDIONAL pelo valor de seu patrimônio líquido, trazendo para a sua contabilidade o ágio que passou então a ser aproveitado para a redução do IRPJ e da CSLL devidos, sob o argumento de que sua situação enquadrar-se-ia na regra insculpida no art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999), que reproduz os comandos legais dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Por entender que tal dedução não tinha base legal, a Fiscalização lavrou autos de infração relativos ao IRPJ e à CSLL referentes ao período pelo qual durou a dedução entendida como indevida.

As deduções indevidas realizadas durante os anos-calendário de 2005 a 2007 foram objeto de lançamento tributário realizado nos autos do processo administrativo tributário nº 13005.001065/2009-11. Já as glosas das deduções indevidas verificadas no ano-calendário 2008 foram tratadas no processo administrativo nº 13005.722696/2013-53.

Por fim, as exclusões indevidamente realizadas em 2009 e 2010 (últimos períodos do prazo de 60 meses durante o qual a contribuinte se julgou amparada para realizar as deduções) foram objeto de tratamento pela Fiscalização nos presentes autos. No total, foram indevidamente excluídos da parte B do LALUR, a título de amortização do ágio criado internamente, R\$ 47.735.016,48 no ano-calendário 2009 e R\$ 35.801.262,39 no ano-calendário 2010.

Juntamente com as glosas das despesas indevidamente deduzidas, a Fiscalização aplicou à contribuinte a multa de ofício em sua modalidade qualificada, no percentual de 150%, por considerar que sua atuação se dera de forma dolosa e simulada.

Além disso, imputou-se às pessoas físicas HILTON KAPPAUN (sócio-administrador e diretor da contribuinte à época da reorganização societária), HENRIQUE CAMPESTRINI (sócio-administrador e diretor financeiro da contribuinte à época da reorganização societária) e ALEXANDRE STROSCHOEN (diretor financeiro da MERIDIONAL à época da reorganização societária) responsabilidade solidária pelos créditos tributários lançados, nos termos do art. 135, III, do CTN, uma vez que detinham o poder de administração das entidades no momento da realização das operações simuladas que fizeram surgir o ágio interno.

A atuação fora integralmente mantida em sede de julgamento administrativo de primeira instância, inclusive no que diz respeito à responsabilidade solidária imposta aos ex-administradores da contribuinte e da MERIDIONAL. Posteriormente, a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, em julgamento que culminou na prolação do acórdão contra o qual ora se insurgem tanto a contribuinte quanto a PGFN, decidiu manter os créditos tributários relacionados às glosas das despesas e afastar tanto a aplicação da multa de ofício qualificada quanto a imputação de responsabilidade solidária às pessoas físicas retromencionadas.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010

OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. SIMULAÇÃO

As operações de reorganização societária, para serem legítimas, devem possuir propósito negocial real, inalterável ao arbítrio de quem as pratica, decorrer de atos efetivamente existentes e não serem artificiais e apenas formalmente registrados nos contratos sociais e na escrituração contábil.

ÁGIO. SIMULAÇÃO. DEDUTIBILIDADE.

Constatada a simulação na criação de ágio, é cabível a glosa da dedução da base de cálculo do IRPJ.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2009, 2010

LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL.

A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL, uma vez que am os lançamentos, do IRPJ e da CSLL, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2009, 2010

MULTA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE.

Constatado que o procedimento adotado pelo contribuinte não denota dolo não se pode falar em dolo, e, conseqüentemente, em 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.

SUJEIÇÃO PASSIVA. AUSÊNCIA DE DOLO. RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA A ADMINISTRADOR DA PESSOA JURÍDICA. ART. 135, III, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

A exoneração da penalidade qualificada afasta conduta dolosa que denote sonegação, fraude ou conluio, impossibilitando a responsabilização dos administradores da pessoa jurídica com base no art. 135, III, do CTN.

Após a formalização do acórdão, os autos foram encaminhados de forma eletrônica à PGFN em 10/05/2016, para fins de ciência do teor da decisão. A intimação pessoal do Procurador se daria, portanto, em 09/06/2016, nos termos do §3º do art. 7º da Portaria MF nº 527/2010.

Antes disso, em 08/06/2016, a PGFN interpôs recurso especial insurgindo-se contra o Acórdão nº 1402-002.148, sob a alegação de que a decisão teria dado à legislação tributária que trata da qualificação da multa de ofício interpretação diversa da que tem sido adotada em outros processos julgados no âmbito do CARF.

Em atendimento aos requisitos de admissibilidade do recurso especial previstos nos arts. 67 e seguintes do Anexo II do RICARF/2015, a recorrente apontou acórdãos de turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) que teriam dado ao tema debatido interpretação diversa daquela esposada pela decisão recorrida.

A Fazenda Nacional inicia seu recurso especial argumentando que o acórdão recorrido teria determinado o afastamento da responsabilidade solidária dos ex-administradores da contribuinte e da MERIDIONAL em mera decorrência da desqualificação da multa de ofício. O voto vencedor da decisão recorrida, entendendo inexistentes a simulação ou o dolo que permitiriam a aplicação da multa no percentual de 150%, teria concluído em seguida pelo descabimento da imputação de responsabilidade solidária às pessoas físicas indicadas pela Fiscalização.

Assim, defende a PGFN que eventual reforma do acórdão recorrido no que toca à matéria "qualificação da multa de ofício" logicamente implicaria em sua revisão também no que diz respeito à "responsabilidade solidária dos ex-administradores".

Tratando especificamente da multa de ofício qualificada, a recorrente relata que o acórdão recorrido teria concluído pelo seu descabimento, uma vez que os negócios jurídicos promovidos pela contribuinte e pelas demais empresas de seu grupo econômico, embora fossem efetivamente ineficazes quanto aos efeitos tributários pretendidos, não teriam sido dolosos ou caracterizado simulação. O grupo econômico teria apenas tentado adotar no Brasil as diretrizes estabelecidas na integração mundial das empresas dos grupos DIMON INCORPORATED e STANDARD COMMERCIAL CORPORATION, em relação à consideração dos valores de mercado das empresas integradas.

Afirma a PGFN que, ao adotar tal entendimento, a decisão recorrida teria entrado em conflito com os Acórdãos nº 9101-002.300 e nº 9101-002.301, ambos proferidos pela 1ª Turma da CSRF.

O primeiro acórdão indicado como paradigma, analisando situação fática similar à relatada no acórdão recorrido, teria concluído que a intencional prática de atos simulados visando à criação artificial de ágio interno caracteriza ação dolosa tendente a impedir a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária principal ou a modificar suas características de modo a reduzir o montante devido. Assim, restaria plenamente justificada a aplicação da multa de ofício qualificada.

Já a segunda decisão paradigma teria exposto o entendimento de que situações como a examinada no presente processo, em que ágio é criado de forma simulada em operações não reais, apenas com o intuito ficto de antecipar os efeitos de sua dedutibilidade, configuram o dolo necessário à qualificação da multa com base no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996. Concluiu a decisão que o *plus* na conduta praticada pela contribuinte teria ultrapassado o tipo objetivo da norma tributária, restando demonstrada a presença dos elementos volitivo e cognitivo necessários à caracterização do dolo.

Após defender a existência de divergência jurisprudencial entre os acórdãos recorrido e paradigmas, a PGFN apresenta também uma série de alegações que deveriam, sob seu ponto de vista, provocar a reforma da decisão recorrida, na parte atinente ao cabimento da multa de ofício qualificada (e, como consequência, também no que diz respeito à imposição da responsabilidade solidária aos ex-administradores da contribuinte e da MERIDIONAL). Em suma, argumenta-se que:

- O acórdão recorrido desqualificou a multa de ofício em contrariedade ao art. 44, I, c/c § 1º, da Lei nº 9.430/1996, conforme redação conferida pela Lei nº 11.488/2007;

- No caso concreto, a autoridade fiscal logrou demonstrar cabalmente o nítido intuito de fraude das operações manobradas pela contribuinte com simulação para criação de ágio interno sem propósito negocial. Assim, mostra-se clara a intenção de fraude mediante a utilização de sociedade como mero instrumento de antecipação dos efeitos fiscais do ágio gerado artificialmente;

- A contribuinte não conseguiu apontar um motivo negocial que justificasse o simulacro orquestrado. Por meio de sua ação firme, abusiva e sistemática, em burla ao cumprimento da obrigação fiscal, demonstrou conduta consciente em busca de enriquecimento sem causa por meio da amortização do ágio;

- A contribuinte praticou atividade fraudulenta comprovada por meio da realização de operações artificiais, sem propósito negocial e valendo-se de empresa-veículo, com o exclusivo escopo de antecipar os efeitos fiscais da amortização do ágio, motivo pelo qual foi devidamente aplicada pela Fiscalização a multa de 150%;

- Como resultado da conduta dolosa da contribuinte, houve diminuição do efetivo valor da obrigação tributária, com o consequente pagamento a menor do tributo devido, em evidente prejuízo ao erário;

- A conduta foi sempre produto da vontade da contribuinte, livre e consciente, realizada de forma deliberada, objetivando modificar a característica essencial do fato gerador da obrigação tributária principal. O intuito de fraude da contribuinte mostra-se evidente quando se vê que ela participou ativamente das operações artificiais;

- A conduta da contribuinte demonstrou desprezo ao cumprimento da obrigação fiscal, ao princípio da solidariedade de matriz constitucional e ao dever legal de participação, indicando a intensidade do dolo;

- Deve ser, portanto, mantida a qualificação da multa, posto que amparada nos comandos legais aplicáveis e justificada pelo contexto probante que instrui os autos;

- Com a reforma da decisão recorrida em relação à qualificação da multa de ofício, ficaria recomposto o quadro determinado pelo acórdão de primeira instância administrativa, que mantivera a imputação de responsabilidade dos sócios em virtude da verificação de simulação, nos termos do art. 135, III, do CTN.

A PGFN encerra seu recurso especial pedindo que ele seja conhecido e provido a fim de reformar o acórdão recorrido para que seja restabelecida a multa qualificada, bem como a responsabilização dos sócios. Alternativamente, requer o provimento do recurso para o restabelecimento da multa qualificada e o retorno dos autos à instância *a quo* para que seja reavaliada a questão relativa à responsabilização dos sócios, agora com base na presunção de que houve, no caso concreto, simulação.

A irresignação da Fazenda Nacional foi submetida a juízo de admissibilidade, a fim de se verificar o atendimento dos requisitos regimentalmente exigidos dos recursos especiais. As conclusões foram expostas em despacho de 28/06/2016, que entendeu ter sido devidamente comprovada pela recorrente a ocorrência de dissenso jurisprudencial entre os

Acórdãos nº 1402-002.148 (recorrido) e nº 9101-002.300 e nº 9101-002.301 (paradigmas) no que se relaciona à questão da qualificação da multa de ofício. Assim, deu-se seguimento ao recurso especial interposto pela PGFN.

Em 06/07/2016, a contribuinte foi intimada para tomar ciência do Acórdão nº 1402-002.148, do recurso especial apresentado pela PGFN e do despacho que o admitiu, por meio de mensagem eletrônica enviada à sua Caixa Postal (Domicílio Tributário Eletrônico).

Em resposta, e em consonância com as disposições infralegais, a contribuinte protocolou eletronicamente, em 19/07/2016, de forma tempestiva, dois documentos: i) contrarrazões aos argumentos constantes do recurso especial da PGFN e; ii) seu próprio recurso especial, em que questiona a parte do Acórdão nº 1402-002.148 que lhe foi desfavorável.

Nas contrarrazões opostas ao recurso especial da Fazenda Nacional, a contribuinte perfilou alegações que podem ser assim resumidas:

- A PGFN tentou, em seu recurso especial, tratar as matérias "qualificação da multa de ofício" e "responsabilização dos diretores" de forma conjunta, pleiteando a reforma da decisão por ela recorrida nestes dois tópicos como se fossem decorrentes e inseparáveis. Tal pretensão é descabida, uma vez que, embora haja alguma conexão entre os assuntos, trata-se de matérias autônomas, com fundamentos legais absolutamente distintos e fundamentos de decidir diferentes;

- Como a Fazenda Nacional somente demonstrou a suposta divergência jurisprudencial em relação à qualificação da multa de ofício, seu recurso especial deixou de cumprir os requisitos regimentais de admissibilidade, previstos no art. 67 do RICARF/2015, no que diz respeito à matéria "responsabilização dos diretores", razão pela qual não pode ser admitido quanto a este tema;

- Assim, a matéria submetida à análise da CSRF limita-se à qualificação da multa, sendo vedado ao colegiado analisar a matéria relativa à responsabilidade solidária dos diretores, que não foi propriamente objeto de recurso especial e, portanto, está definitivamente decidida pela decisão da 2ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF;

- Não tem qualquer fundamento legal a tentativa das autoridades fiscais de condicionar o registro e a amortização fiscal do ágio à existência de propósitos negociais nas operações de aquisição, desde que se esteja diante de operações lícitas. Não obstante, é indiscutível a existência de inúmeras razões negociais que levaram às operações em exame;

- A primeira e principal razão negocial para a reestruturação das atividades da contribuinte recorrida e da MERIDIONAL decorre da integração global das atividades das empresas do grupo DIMON INCORPORATED e das empresas do grupo STANDARD COMMERCIAL CORPORATION;

- No que diz respeito à estrutura adotada no Brasil para promover a integração das empresas antes pertencentes a grupos econômicos distintos, a operação de venda da totalidade das quotas da contribuinte à MERIDIONAL pelo valor de R\$ 507.000.000,00, considerada desnecessária pela Fiscalização, teve claro objetivo negocial: refletir o valor de mercado da recorrida nas demonstrações financeiras anteriores e posteriores à integração com a MERIDIONAL;

- A discrepância de R\$ 238.675.082,43 entre o valor de livros da recorrida e seu valor de mercado deveria ser reconhecida, de acordo com as diretrizes estabelecidas na integração mundial dos grupos econômicos, haja vista a troca de ações das empresas efetuada no exterior a valor de mercado;

- Diante do objetivo de seguir o princípio adotado no exterior de reconhecer o valor de mercado do investimento da INTABEX na recorrida antes de sua integração com a empresa MERIDIONAL e em seguida dando-lhe participação amplamente majoritária naquela, foram analisadas as alternativas possíveis para tanto e decidiu-se, em estrita observância à legislação comercial e fiscal, que a operação de compra e venda das quotas da recorrida à MERIDIONAL, com o registro de ágio, seguida da capitalização dos valores a receber, seria a opção mais adequada;

- Ao contrário do alegado pelas autoridades fiscais e julgadoras, os efeitos desta operação de compra e venda não foram anulados nas operações subsequentes: o valor do ágio no investimento da MERIDIONAL na recorrida, posteriormente incorporado por esta, foi mantido nos demonstrativos financeiros da empresa pós-incorporação, o que era justamente o objetivo da recorrida;

- A proposta das autoridades fiscais sobre a estrutura que, alegadamente, seria a mais adequada para o caso, qual seja, a incorporação lateral a valor de livros, teria resultados econômicos completamente diferentes: diferença de pelo menos R\$ 100.000.000,00 em valores patrimoniais;

- A proposta das autoridades fiscais no sentido de que as operações de consolidação de negócios no Brasil deveriam ter sido realizadas exatamente da mesma forma que foram realizadas nos EUA não tem qualquer cabimento, uma vez que a estrutura adotada no exterior, de troca de ações entre as empresas abertas, simplesmente não era possível no Brasil por tratar de duas empresas fechadas. Apesar disso, tentou-se adotar localmente os mesmos princípios;

- Ainda que não em moeda corrente, a MERIDIONAL efetivamente pagou sua dívida assumida junto à INTABEX através da emissão de novas quotas de seu capital social. A forma de pagamento eleita não descaracteriza, de forma alguma, o fato de que a MERIDIONAL efetivamente saldou sua dívida;

- A MERIDIONAL tinha fortes razões negociais para evitar o desembolso do valor das quotas da recorrida adquiridas junto à INTABEX, na medida em que os R\$ 507.000.000,00 que deixaram de ser remetidos em dinheiro foram utilizados no financiamento das próprias atividades da recorrida no cenário pós-incorporação;

- A INTABEX, de seu lado, também tinha relevantes razões negociais para aceitar que o pagamento de seu crédito fosse feito através de quotas da MERIDIONAL, na medida em que, assim, voltaria a participar de forma majoritária do quadro societário da empresa consolidada no Brasil;

- Todas as etapas da transformação societária ocorrida no Brasil têm claras e relevantes razões negociais no contexto da reestruturação do grupo. Assim, o máximo que se poderia alegar é que se trata de negócio jurídico indireto, uma vez que optou-se por realizar em dois tempos um ato jurídico que poderia ter sido, em tese, realizado em único tempo;

- Considerando que a recorrida e a MERIDIONAL realmente desejavam alcançar o fim prático do negócio declarado e adotado (unificação das operações) e que se submeteram por inteiro ao seu regime jurídico e aos seus efeitos, conclui-se que não houve qualquer ato simulado, mas possivelmente um negócio jurídico indireto;

- A opção da recorrida, entre várias alternativas lícitas possíveis, por uma forma específica de promover sua integração com a MERIDIONAL que esteja em perfeita consonância com as leis vigentes e que lhe seja mais favorável sob o aspecto tributário é assegurada pela Constituição Federal através do direito de propriedade, do direito ao pleno exercício da autonomia da vontade, do princípio da legalidade, dentre outros;

- À Administração Pública não é dada a faculdade de, através das convicções pessoais de seus agentes, emitir juízo de valor quanto à livre escolha de determinadas formas de negócio jurídico pelos empresários, desde que estes tenham sido realizados de maneira inteiramente lícita;

- Tendo em vista a legalidade, a legitimidade e o efetivo propósito negocial das operações que geraram o registro e a amortização do ágio, torna-se evidente que não houve, no caso concreto, qualquer simulação ou intuito de fraude;

- Analisando o caso a partir das hipóteses de simulação previstas no art. 167 do Código Civil, verifica-se que a situação fática analisada não configura nenhuma delas, uma vez que cada uma das operações efetuadas, realizadas no âmbito da reestruturação societária das atividades da recorrida, refletiu exatamente a vontade entre as partes envolvidas e foi baseada em documentos válidos e declarações verdadeiras, tendo sido inteiramente suportados pelas partes os efeitos das operações e mantida inalterada a situação jurídica alcançada após as mesmas operações;

- O Relatório da Ação Fiscal, elaborado pela Fiscalização, aponta como supostas evidências de ocorrência de simulação exclusivamente a "falta de propósito negocial", o "resultado econômico-financeiro nulo", a "prática de atos entre partes ligadas" e "todos os atos são desfeitos em curtíssimo espaço de tempo". Assim, embora as autoridades fiscais tenham tentado descaracterizar as operações societárias em razão de uma alegada "simulação", o auto de infração na realidade não se funda neste dispositivo legal, mas apenas em uma análise subjetiva das operações em exame, sob o enfoque da "substância sobre a forma", o que não só não tem respaldo legal, como certamente não autoriza a aplicação da multa agravada;

- Também impede a aplicação da multa agravada de 150% no caso concreto o fato de não ter sido demonstrado ou comprovado o evidente intuito de fraude por parte da contribuinte recorrida;

- Nos presentes autos, restou demonstrado que as operações envolvendo a recorrida foram realizadas sob o estrito amparo da legislação tributária e comercial, com claro e evidente intuito negocial e em absoluta transparência perante as autoridades fiscais. Assim, não pode prevalecer a aplicação da multa agravada;

- Por fim, ainda que se aceitasse ter havido possível infração à legislação e que possa ter existido dúvidas sobre a aplicação da multa agravada, seria mandatório que a Fiscalização interpretasse o art. 44 da Lei nº 9.430/1996 da maneira mais favorável à contribuinte, de acordo com o determinado pelo art. 112 do CTN.

Por conta de tudo que expõe, a contribuinte recorrida pede, ao final, que seja negado provimento ao recurso especial da PGFN, mantendo-se a decisão recorrida no tocante à impossibilidade de aplicação da multa qualificada de 150% ao presente caso.

Conforme se adiantou, na mesma data em que protocolou suas contrarrazões, a contribuinte apresentou também recurso especial, com o objetivo de contestar o posicionamento exposto no acórdão recorrido em relação ao seu ponto central: indedutibilidade das despesas de amortização do "ágio interno".

A contribuinte recorrente narra que o acórdão recorrido teria capturado a essência das transações em exame: operações lícitas realizadas sem simulação, dolo ou fraude, conforme exposto no voto vencedor que afastou a qualificação da multa de ofício e a responsabilidade solidária dos ex-administradores. Apesar disso, prevaleceu na 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF o entendimento de que agiu corretamente a Fiscalização ao lançar os créditos de IRPJ e de CSLL decorrentes da glosa de despesas de amortização do ágio.

Tal conclusão baseou-se no entendimento de que as operações societárias que possibilitaram o surgimento do ágio posteriormente amortizado careceriam de propósito negocial, uma vez que teriam sido realizadas com a exclusiva finalidade de geração do ágio interno. Assim, entendeu-se que não estariam satisfeitas no caso concreto as condições para a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio.

O recurso especial da contribuinte traz a alegação de que o acórdão recorrido, ao assim concluir, endossando o entendimento da Fiscalização, teria entrado em divergência com os Acórdãos nº 1202-000.884 (proferido pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF), nº 1101-000.841 (prolatado pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da mesma 1ª Seção) e nº 1301-001.297 (exarado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, ainda da 1ª Seção de Julgamento do CARF).

O primeiro acórdão paradigma teria, segundo a contribuinte, analisado contexto fático bastante semelhante ao abordado pela decisão recorrida: reorganização societária promovida entre empresas brasileiras como decorrência da unificação de seus grupos controladores internacionais, concretizada por meio de operações que a Fiscalização considerou incapazes de originar ágio amortizável porque teriam sido realizadas dentro do mesmo grupo econômico, sem propósito negocial e sem efetivo desembolso financeiro.

Apesar disso, teria concluído o Acórdão nº 1202-000.884 de forma oposta à abraçada pela decisão recorrida. Prevaleceu no acórdão paradigma o entendimento pela improcedência da acusação fiscal, pois considerou-se que as negociações ocorreram com empresas de diferentes grupos econômicos no exterior e que houve o efetivo desembolso financeiro na operação originária (realizada no exterior).

Já a divergência jurisprudencial verificada entre o acórdão recorrido e o Acórdão nº 1101-000.841, segundo paradigma indicado pela contribuinte recorrente, adviria do fato de esta decisão, diante de situação fática similar à encontrada nos presentes autos (operações realizadas entre partes relacionadas, sem propósito negocial, sem efetivo desembolso para aquisição de participação societária e sem modificação na estrutura societária após a conclusão das operações, tudo segundo a Fiscalização), ter concluído pela improcedência da acusação fiscal por considerar que a regularidade do registro e da

amortização do ágio depende exclusivamente da observância dos arts. 385 e 386 do RIR/1999, não sendo permitida à Fiscalização estabelecer condições não fixadas pela legislação tributária.

No mesmo sentido teria decidido o terceiro paradigma trazido pela contribuinte. O Acórdão nº 1301-001.297, de forma contrária ao defendido pela decisão recorrida, considerou que a dedutibilidade de despesas de amortização de ágio, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, não é vedada em situações de operações realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico, sem substância econômica ou efetivo desembolso de valores na aquisição de participação societária, por inexistência de mandamento legal que assim preveja.

Após arguir a existência de divergência jurisprudencial acerca da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio gerado em operações como as descritas no presente processo, a contribuinte defende a reforma do acórdão recorrido apresentando uma série de alegações. Além dos argumentos já apresentados nas contrarrazões que opôs ao recurso especial da PGFN, tratando especificamente do propósito negocial das operações condenadas pela Fiscalização, a contribuinte trouxe as seguintes alegações:

- A recorrente não pode concordar com o entendimento exposto pelas autoridades fiscais e julgadoras no sentido de que a compra de suas quotas pela MERIDIONAL não seria necessária para a unificação das duas empresas, isto é, que não haveria propósito negocial válido para justificar a referida aquisição e legitimar o ágio ali gerado;

- A contribuinte discorda de tal posicionamento porque (i) a legislação não condiciona a validade de um negócio jurídico à existência de um propósito negocial; (ii) a economia de tributos, por si só, é suficiente para justificar o negócio jurídico; e (iii) no presente caso é evidente a existência de propósito negocial;

- Um negócio jurídico, para ser válido, deve apenas atender aos requisitos estabelecidos no art. 104 do Código Civil: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei. Não pode a autoridade tributária estabelecer outras exigências que não encontram qualquer fundamentação na legislação;

- Ainda que se admita a necessidade de um propósito negocial para a validade de um negócio jurídico, a busca por economia tributária, por si só, já poderia cumprir este papel. Ao assegurar o direito à propriedade, a liberdade para desenvolver atividades econômicas e a liberdade contratual, a Constituição Federal permite que os contribuintes, dentro de meios lícitos, organizem suas atividades empresariais visando a reduzir sua carga tributária;

- A proximidade temporal entre os atos societários realizados no Brasil no âmbito da reestruturação da contribuinte recorrente e da MERIDIONAL foi equivocadamente apontada pelo acórdão recorrido como uma evidência da existência de simulação. Tal fato é somente reflexo da agilidade demonstrada pelo grupo econômico para implementar medidas previamente estudadas e decididas, tanto em nível local quanto global;

- A decisão recorrida também considerou um suposto resultado econômico-financeiro nulo das operações promovidas no Brasil como evidência de simulação. Mais uma vez se equivocou, já que tal resultado das operações não foi nulo: da forma em que foi realizada a reorganização societária, obteve-se uma diferença de, ao menos, R\$ 100.000.000,00

no valor do patrimônio líquido da recorrente, contribuindo para os negócios da empresa no seu relacionamento com clientes, fornecedores e bancos;

- Mais um fato erroneamente considerado pelo acórdão recorrido como indicativo de simulação é a interdependência entre as empresas envolvidas na reorganização societária no Brasil. Tal entendimento não tem qualquer fundamento, uma vez que o art. 104 do Código Civil não faz qualquer menção à independência entre as empresas como requisito de validade de um negócio jurídico;

- A ausência de movimentação financeira foi mais uma característica apontada pelo acórdão recorrido como evidência de simulação. Mais uma vez se equivocaram as autoridades julgadoras, já que uma operação em que há o recebimento de quotas de outra empresa em ato de integralização de capital nada mais é do que uma aquisição de participação societária com pagamento em quotas, que em nada é diferenciada pela legislação de outros tipos de alienação a título oneroso para os fins tributários discutidos no presente processo;

- O ágio que foi aproveitado tributariamente pela contribuinte recorrente não pode ser classificado como interno, uma vez que decorreu de operações de unificação de dois grupos empresariais até então não relacionados e, mais, concorrentes diretos no Brasil e no exterior;

- Mesmo que de ágio interno se tratasse, ainda assim a acusação fiscal careceria de fundamento, pois a legislação tributária não impõe como condição para registro ou amortização do ágio a realização de operações entre partes não relacionadas;

- Prova de que a legislação fiscal vigente à época dos fatos não estabelecia qualquer restrição ao registro e à amortização de ágio dito interno foi a recente inclusão no ordenamento jurídico pátrio da Lei nº 12.973/2014, que passou a vedar expressamente, em seu art. 22, o aproveitamento tributário de ágio gerado em operações realizadas entre empresas relacionadas.

A contribuinte encerra pedindo que seu recurso seja admitido e provido para determinar a reforma parcial da decisão recorrida no tocante à dedutibilidade das parcelas de amortização do ágio, reconhecendo-se a total improcedência do lançamento fiscal.

Despacho de 30/08/2016 analisou o cumprimento dos requisitos regimentais pelo recurso especial interposto pela contribuinte. Concluiu-se ter sido devidamente comprovada a existência de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os dois primeiros paradigma elencados pela recorrente: nº 1202-000.884 e nº 1101-000.841. Não foi analisada a pretensa existência de dissídio jurisprudencial entre a decisão recorrida e o terceiro paradigma trazido pela contribuinte (Acórdão nº 1301-001.297), em virtude da limitação quantitativa estabelecida pelo § 7º do art. 67 do Anexo II do RICARF/2015.

Os autos foram eletronicamente encaminhados à PGFN em 30/08/2016, para fins de intimação acerca do recurso especial apresentado pela contribuinte e do despacho que o admitiu, nos termos do art. 70 do Anexo II do RICARF/2015. Em resposta, foram apresentadas, já em 01/09/2016, contrarrazões às alegações da contribuinte.

Com o objetivo de que fosse mantida a decisão contida no acórdão recorrido, em relação à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio gerado na operação de

aquisição das quotas da contribuinte pela empresa relacionada MERIDIONAL, a Fazenda Nacional apresentou as seguintes alegações:

- No caso concreto, não obstante as ações da contribuinte visarem à reorganização societária imposta pela unificação dos negócios dos grupos norte-americanos STANDARD COMMERCIAL CORPORATION e DIMON INCOPORATED, a realização de uma operação societária com o único objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a serem recolhidos pela empresa resultante da reorganização exorbitou esse propósito negocial;

- A criação de um ágio fictício, simulado, que não apresenta qualquer propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua existência real não permite a dedução da despesa com sua amortização nos termos previstos pela legislação tributária;

- Por meio da sequência de operações realizadas, mormente aquelas ocorridas no Brasil e submetidas à legislação tributária cuja incidência se discute no presente processo, não houve nenhuma aquisição de quotas da contribuinte a justificar a existência do correspondente ágio. A suposta aquisição (subscrição de capital da MERIDIONAL) fora orquestrada pelo grupo ALLIANCE a fim de ser cancelada ao final, pois visava a fundir as duas empresas brasileiras, e não submeter uma ao controle da outra;

- O conceito tributário-contábil de ágio se encontra previsto no art. 385 do RIR/1999, que repete o conteúdo do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977: é a diferença positiva entre o custo de aquisição de uma participação societária e o valor de patrimônio líquido deste investimento;

- A dedutibilidade do ágio, por sua vez, é prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que são repetidos no art. 386 do RIR/1999: o ágio será dedutível se tiver sido pago com base na rentabilidade futura da participação societária adquirida e se houver a confusão patrimonial entre investidora e investida;

- O "ágio de si mesmo", espécie de ágio interno (gerado entre partes dependentes), envolve uma reavaliação espontânea de uma participação societária dentro de um grupo empresarial, onde o custo do "ganho patrimonial" decorrente dessa reavaliação é aproveitado fiscalmente pela própria pessoa jurídica cujo patrimônio é reavaliado;

- A abusividade do "ágio de si mesmo" reside nos seguintes aspectos: em que pese haver a declaração pelas partes de que houve uma aquisição de participação societária com pagamento de ágio, afere-se que, em face das operações, não houve a participação de terceiros estranhos ao grupo a fim de justificar a existência da operação com base na circulação de riquezas entre partes independentes e na alteração do controle societário do investimento negociado;

- A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) já se pronunciou, em seu Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, contrariamente à possibilidade de geração do "ágio de si mesmo" em operações efetuadas dentro de um mesmo grupo econômico e sem o efetivo dispêndio;

- O Ofício-Circular da CVM afirma que "do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação";

- Também o Comitê de Pronunciamentos Contábeis já analisou tal questão, em sua Orientação Técnica OCPC nº 02/2008: "É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação";

- Em face da completa ausência de participação de terceiros na operação que dá ensejo ao "ágio de si mesmo", a única transferência de riqueza que decorre de seu registro e de sua amortização é do Estado para o contribuinte, consequência dos tributos que deixam de ser recolhidos;

- No caso sob análise, o ágio ao final deduzido pela contribuinte foi registrado pela MERIDIONAL dentro de uma típica estrutura do "ágio de si mesmo". A diferença foi que o grupo ALLIANCE, ao invés de promover uma simples reavaliação de uma de suas empresas, se aproveitou de seu intuito de fundir duas empresas brasileiras para gerar o ágio a ser deduzido;

- No que importa à caracterização da ocorrência do "ágio de si mesmo", vê-se que, no decorrer das operações que permitiram o surgimento e a amortização do ágio ao final constituído, as quotas da contribuinte não foram em momento algum negociadas entre partes independentes para justificar a existência do ágio. No momento em que o ágio foi registrado pela MERIDIONAL, as empresas do grupo ALLIANCE localizadas no exterior já detinham o controle tanto da alienante quanto da adquirente;

- Vale ressaltar que a incorporação do grupo STANDARD CO pelo grupo DIMON, realizada no exterior em 13/05/2005, não é hábil a justificar o surgimento do ágio em questão no Brasil. Tal operação ocorreu exclusivamente no exterior, envolvendo partes estrangeiras e objeto estrangeiro. O ágio registrado pela MERIDIONAL não surgiu com a incorporação realizada no exterior, mas somente com o intuito declarado do grupo ALLIANCE de consolidar suas atividades no Brasil com a reavaliação de suas participações societárias;

- Independentemente da forma como a contribuinte recorrente pretende expor seu ponto de vista, fato é que o fundamento econômico alegado por ela para justificar o surgimento do ágio é a reavaliação de seu patrimônio dentro do grupo econômico. Ao firmar que o propósito comercial que levou ao surgimento do ágio foi uma reorganização societária (consolidação das atividades no Brasil), a contribuinte assume que não houve qualquer aquisição de investimento pelo grupo ALLIANCE;

- Ao julgar a conduta adotada pela contribuinte e pelas demais empresas de seu grupo econômico, no que toca aos efeitos tributários observados nos anos-calendário de 2005 a 2007, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF manteve integralmente a autuação realizada pela Fiscalização (glosa das despesas de amortização do ágio gerado internamente), inclusive quanto à qualificação da multa de ofício, conforme restou formalizado no Acórdão nº 1302-000.991.

A PGFN encerra suas contrarrazões pedindo que seja negado provimento ao recurso especial manejado pela contribuinte.

Os autos seguiram então para a CSRF para o julgamento dos recursos especiais.

Processo nº 13005.721718/2014-49
Acórdão n.º **9101-003.442**

CSRF-T1
Fl. 17

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator

Conforme relatado, a contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL questionou, por ocasião da apresentação de suas contrarrazões, a pretensão da PGFN de que eventual provimento dado ao recurso especial fazendário fosse suficiente para reformar o Acórdão nº 1402-002.148 tanto no que atine à determinada desqualificação da multa de ofício quanto em relação ao afastamento da responsabilização solidária atribuída pela Fiscalização aos ex-administradores da contribuinte e da MERIDIONAL.

Defendeu a contribuinte que o recurso especial apresentado pela PGFN não tem o alcance que esta lhe quis atribuir, uma vez que só teriam sido atendidos os requisitos de admissibilidade recursal quanto à matéria "qualificação da multa de ofício". A matéria "responsabilização dos ex-diretores" não teria sido propriamente objeto do recurso fazendário, não podendo ser submetida à apreciação desta 1ª Turma da CSRF.

Julgo que este voto deve principiar-se pela análise da questão suscitada pela contribuinte contrarrazoante. Na sequência, passarei ao exame das matérias de mérito apresentadas nos recursos especiais da contribuinte ("possibilidade de aproveitamento tributário do ágio criado nas operações envolvendo a contribuinte e a MERIDIONAL") e da Fazenda Nacional ("qualificação da multa de ofício"), nesta ordem. No que concerne a tais matérias, adoto as razões expostas nos despachos que examinaram a admissibilidade dos recursos para delas CONHECER.

1) Preliminar de não conhecimento do recurso especial da PGFN quanto à responsabilização solidária dos ex-diretores da contribuinte

A PGFN argumenta, em seu recurso especial, que o acórdão recorrido somente teria decidido cancelar a atribuição de responsabilidade solidária imputada pela Fiscalização aos ex-diretores da contribuinte e da MERIDIONAL em virtude do que decidiu antes quanto ao descabimento da aplicação de multa de ofício qualificada no caso concreto. Assim, eventual reforma da decisão recorrida que implicar no restabelecimento da multa de ofício ao seu percentual qualificado de 150% logicamente deveria conduzir também à reativação da responsabilização solidária.

Ao final de seu recurso, a Fazenda Nacional volta a defender sua tese, pedindo a reforma da decisão quanto aos dois pontos. Alternativamente, pede que, em caso de restabelecimento da multa qualificada, os autos sejam devolvidos à 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF para que seja reapreciado o tema da responsabilização solidária, agora à luz do novo fato de que teria sido reconhecida a ocorrência de simulação na reorganização societária promovida pelo grupo econômico a que pertence a contribuinte.

Em contraposição, a contribuinte defende o descabimento de tal pretensão, argumentando que somente foi objeto do recurso especial da Fazenda Nacional a primeira matéria identificada: qualificação da multa de ofício. Não existiria, ao contrário do alegado

pela PGFN, uma relação de indissociabilidade entre esta matéria e a responsabilização solidária dos administradores do sujeito passivo. A contribuinte afirma que, embora os temas guardem conexão relevante entre si, os fundamentos legais e os fundamentos de decidir aplicáveis a cada um são distintos, o que impediria a extensão automática ao segundo assunto do que for decidido quanto ao primeiro, na linha defendida pela PGFN.

Prossegue a contribuinte afirmando que o recurso especial fazendário somente cumpriu os requisitos de admissibilidade estabelecidos pelos arts. 67 e seguintes do Anexo II do RICARF/2015 no que concerne à qualificação da multa de ofício, o que, por si só, já impediria o conhecimento e o julgamento por esta 1ª Turma da CSRF da matéria atinente à responsabilização dos ex-diretores.

Muito bem. A primeira providência para apreciação da controvérsia que se coloca é analisar os termos utilizados pelo voto vencedor do Acórdão nº 1402-002.148, ora recorrido, quando decidiu pela desqualificação da multa de ofício e pelo afastamento de responsabilidade solidária determinada pela Fiscalização:

"Com a devida vênia, o que diz respeito à penalidade de 150% e a responsabilidade dos coobrigados, ousou discordar do entendimento do i. Conselheiro Relator.

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

(...)

Embora os efeitos tributários advindos no Brasil de tal estruturação da operação não possa ser aceita, entendo que não se pode concluir ter ocorrido simulação, e, conseqüentemente, dolo na operação realizada.

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 que se refere à responsabilidade tributária atribuída aos coobrigados, venho me posicionando que, nos casos em que mantida a multa qualificada, os administradores da pessoa jurídica à época dos fatos geradores podem ser incluídos no polo passivo da obrigação tributária, uma vez que se tratar não de um simples inadimplemento, mas sim de um inadimplemento qualificado, doloso, caracterizado por conduta fraudulenta e com repercussões, inclusive, na esfera criminal.

Nessas oportunidades, **tenho esclarecido que tal implicação não possui correspondência biunívoca, ou seja, não se pode fazer o raciocínio inverso a ponto de se concluir que, na ausência de tal penalidade qualificada, não incidiria a responsabilidade tributária de que trata o art. 135, III, do CTN.**

Isso porque há hipóteses em que sequer é necessário o lançamento de ofício do crédito tributário para que o responsável legal da pessoa jurídica responda pelo crédito tributário, como, por exemplo, nos casos de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal) e na

apropriação indébita de que trata como crime contra a ordem tributária pela art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 (falta de recolhimento de imposto de renda retido na fonte e de IPI destacado na nota fiscal, por exemplo). Em tais hipóteses, basta o contribuinte declarar o débito e não recolhê-lo para que o administrador da pessoa jurídica, ao lado da própria empresa, passe a responder pelo débito correspondente, sem que haja necessidade sequer da realização do lançamento de ofício, e, muito menos, de penalidade qualificada.

Nesse mesmo sentido, este colegiado vem decidindo que nos lançamentos em que reste configurado que a pessoa jurídica atuada encontra-se em nome de interpostas pessoas, mas o fato gerador correspondente não tem qualquer correlação com tal interposição (por exemplo, depósitos bancários, sem comprovação de origem, nas próprias contas da pessoa jurídica atuada – art. 42 da Lei nº 9.430/96), não há incidência de multa qualificada, mas os reais proprietários de tal pessoa jurídica devem responder pelo crédito tributário correspondente, quer por força do art. 124, I, do CTN, quer pelo disposto no art. 135, III, do CTN quando demonstrados que administravam tal pessoa jurídica.

No caso concreto o colegiado entendeu por desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao patamar de 75%.

Nesse contexto, e na ausência de outros elementos a ensejar a responsabilidade dos coobrigados, então não restar caracterizada a infração à lei a que se refere o art. 135, III, do CTN.

Assim sendo, voto também por afastar a responsabilidade atribuída aos coobrigados." (grifou-se)

Em consonância com o entendimento exposto no voto vencedor, trouxe a ementa do julgado:

SUJEIÇÃO PASSIVA. AUSÊNCIA DE DOLO. RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA A ADMINISTRADOR DA PESSOA JURÍDICA. ART. 135, III, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

A exoneração da penalidade qualificada afasta conduta dolosa que denote sonegação, fraude ou conluio, impossibilitando a responsabilização dos administradores da pessoa jurídica com base no art. 135, III, do CTN.

Conclui-se da leitura do acórdão recorrido que efetivamente o afastamento da responsabilidade solidária lastreada no art. 135, III, do CTN, se deu em decorrência do entendimento anterior de que seria inaplicável no caso concreto a multa de ofício no percentual qualificado de 150%, em razão da inexistência de fraude, sonegação ou conluio na conduta da contribuinte durante o processo de reorganização societária das empresas brasileiras pertencentes ao seu grupo econômico.

O voto vencedor é claro ao declarar que a aplicação de multa qualificada possibilita a inclusão dos administradores da contribuinte no polo passivo da obrigação tributária, uma vez que estar-se-ia diante de um inadimplemento qualificado, doloso, caracterizado por conduta fraudulenta.

Após defender que o caminho inverso nem sempre é verdadeiro (a imputação da responsabilidade solidária não requer, necessariamente, a aplicação da multa qualificada), o i. Conselheiro designado Redator da decisão conclui que, no caso sob análise, diante da desqualificação da multa de ofício e da ausência de razão que pudesse justificar a responsabilização solidária de forma autônoma, a consequência lógica é a não caracterização da infração à lei referida no art. 135, III, do CTN. A ementa do julgado, na parte relacionada a esta discussão, apenas repete, de forma mais direta e objetiva, tal conclusão.

Portanto, constata-se que o Acórdão nº 1402-002.148 efetivamente não analisou de forma autônoma o cabimento da responsabilidade tributária solidária imputada pela Fiscalização aos ex-administradores da contribuinte e da MERIDIONAL. A decisão relativa à matéria foi construída em decorrência do decidido quanto à inadequação da qualificação da multa de ofício no caso concreto. Neste aspecto, concordo com a alegação trazida pela recorrente Fazenda Nacional.

Pode-se dizer que a análise da matéria restou prejudicada na decisão recorrida. O cancelamento da multa qualificada foi considerado, ainda que de forma implícita, questão prejudicial à análise da responsabilização solidária, cujo mérito a decisão se absteve de discutir.

Assim, a Fazenda Nacional de fato não poderia contestar diretamente, pela via do recurso especial, o entendimento do acórdão recorrido no que toca à "responsabilidade solidária dos ex-administradores da contribuinte". Como não houve análise jurídica do tema, seria impossível a caracterização da divergência jurisprudencial requerida pelo art. 67 do Anexo II do RICARF/2015.

Como consequência, entendo caber razão à contribuinte recorrida quando defende que a matéria atinente à responsabilidade dos ex-administradores não pode ser submetida ao julgamento da CSRF, pelo menos neste momento. Além do já apontado desatendimento aos requisitos de admissibilidade recursal, outra razão ainda mais relevante impede tal exame: a supressão de instância do contencioso administrativo.

Explico: caso esta 1ª Turma da CSRF entenda, neste julgamento, pelo restabelecimento da aplicação da multa qualificada, deixa de existir a questão que a Turma *a quo* considerou prejudicial à apreciação do mérito da matéria "responsabilização solidária dos ex-diretores". Dessa forma, para garantir a ambos os litigantes o direito ao contraditório e à ampla defesa, deve-se garantir que a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara aprecie, antes desta 1ª Turma da CSRF, o acerto ou não da conduta da Fiscalização referente à imputação da responsabilidade solidária aos ex-administradores da contribuinte e da MERIDIONAL.

Registre-se que os recursos voluntários apresentados pelos ex-diretores HILTON KAPPAUN, HENRIQUE CAMPESTRINI e ALEXANDRE STROSCHOEN trouxeram alegações autônomas, que não se confundem com aquelas concernentes à regularidade das operações societárias discutidas, e que não foram apreciadas pela Turma *a quo*, como por exemplo a tese da impossibilidade de sua responsabilização nestes autos em específico em razão de já não ocuparem os cargos diretivos nos anos-calendário 2009 e 2010, período a que se referem as glosas objeto do presente processo.

Outro motivo pelo qual torna-se imperativa a devolução do processo à Turma Ordinária (caso esta CSRF entenda pelo restabelecimento da qualificação da multa) é a necessidade de oportunizar às pessoas físicas responsabilizadas o oferecimento de

contrarrrazões ao recurso especial da Fazenda Nacional. Se fosse atendido o pleito originário da PGFN, a matéria "responsabilização solidária dos ex-diretores" poderia vir a ser julgada por esta 1ª Turma da CSRF sem que os sujeitos passivos interessados tivessem a chance de contrarrazoar as considerações fazendárias.

Diante de todo o exposto, entendo que a providência que se impõe é a devolução do processo à 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, exclusivamente para julgamento da questão concernente à responsabilização solidária dos ex-diretores da contribuinte e da MERIDIONAL, na hipótese de esta 1ª Turma da CSRF concluir pelo restabelecimento da multa de ofício ao percentual qualificado de 150%.

Caso nesta Turma prevaleça o entendimento pela aplicação da multa de ofício no seu patamar regular de 75%, a devolução sugerida perde o sentido, uma vez que seriam mantidos os termos já aprovados no Acórdão nº 1402-002.148: desqualificada a multa de ofício, afasta-se consequentemente a responsabilidade solidária.

Por fim, obviamente a questão também se resolve de forma definitiva nesta 1ª Turma da CSRF caso prevaleça no Colegiado o entendimento defendido pela contribuinte em seu recurso especial, no sentido de que seriam incabíveis as glosas promovidas pela Fiscalização. Canceladas as verbas principais, as acessórias e a responsabilidade solidária obviamente deixam de existir.

2) Possibilidade de aproveitamento tributário do ágio criado nas operações envolvendo a contribuinte e a MERIDIONAL

A contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL contesta, em seu recurso especial, o entendimento do Acórdão nº 1402-002.148 de que as operações societárias promovidas por seu grupo econômico no Brasil em 2005 careceriam de propósito negocial e de substrato econômico por terem envolvido ato simulado de compra e venda de participação societária, o que impediria o aproveitamento tributário do ágio nelas originado.

O ponto central do debate desenvolvido ao longo dos presentes autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte (e condenado pela Fiscalização) de promover, nos anos-calendário de 2009 e 2010, o aproveitamento tributário do ágio originado nas referidas operações.

Tal ágio originou-se em operação praticada em 30/08/2005, data em que a INTABEX, *holding* estrangeira que era a única sócia da contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL, vendeu a totalidade das quotas desta à MERIDIONAL, pelo valor de mercado alegado de R\$ 507.000.000,00. Tal valor consta de laudo de reavaliação do valor das quotas da contribuintes, com base na expectativa de sua rentabilidade futura, elaborado por empresa especializada.

Como o valor patrimonial das quotas alienadas era de R\$ 268.324.917,57, a MERIDIONAL registrou em sua contabilidade um ágio de R\$ 238.675.082,43, correspondente à diferença entre este valor contábil e aquele praticado na alienação.

Em 30/09/2005, a ALLIANCE ONE BRASIL incorporou sua controladora integral MERIDIONAL, trazendo para sua contabilidade o ágio registrado de R\$ 238.675.082,43. Julgando-se amparada pelo art. 386 do RIR/1999 (que tem como fundamento

legal os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), a contribuinte passou a promover o aproveitamento fiscal do ágio, reduzindo mensalmente os valores apurados de IRPJ e de CSLL.

A Fiscalização discordou do procedimento adotado pela contribuinte, por considerar que o ágio em questão teria sido originado em operações realizadas entre partes relacionadas, sem propósito comercial ou substrato econômico. Assim, determinou a glosa das despesas indevidamente deduzidas do resultado tributável da contribuinte.

As glosas relativas aos anos-calendário de 2005 a 2007 são objeto do processo administrativo tributário nº 13005.001065/2009-11. Já as glosas de deduções promovidas em 2008 são tratadas no processo administrativo nº 13005.722696/2013-53.

Nos presentes autos são debatidas as glosas das deduções indevidamente promovidas em 2009 e 2010. Nestes anos especificamente, a contribuinte operacionalizou a dedução das despesas de amortização do ágio por meio da exclusão direta dos respectivos valores da parte B de seu LALUR (R\$ 47.735.016,48 em 2009 e R\$ 35.801.262,39 em 2010).

Muito bem. A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-Lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014:

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

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

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

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

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

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

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido

registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Além disso, os dispositivos prevêm que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

Observe-se o que dispõem os arts. 387 a 389 do RIR/1999, a respeito do método de equivalência patrimonial:

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):

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até dois meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda;

(...)

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).

(...)

O art. 389 do RIR/1999 é explícito ao determinar que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa. Embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora, os lucros da investida não devem integrar a base

tributável da pessoa jurídica que nela detém participação societária, sob pena de configurar-se hipótese de dupla tributação.

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a "mais valia". Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

Como, por determinação legal, não é esta a hipótese que se verifica no método de equivalência patrimonial, pode-se concluir que a regra geral é a da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora. É o que reza expressamente o art. 391 do RIR/1999:

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).

Existem, contudo, duas exceções a tal regra. A primeira delas é indicada pelo próprio art. 391, quando ressalva o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999:

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.

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda de capital. Se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já a segunda exceção refere-se a transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão nº 9101-002.301:

"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 cisão.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹, 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 SCHOUER² 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

¹ 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.

² SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista³ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997⁴:

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.

³ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁴ Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

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

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

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação "às avessas", não tinha nenhum propósito negocial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir:

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):

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

I - será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

II - poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

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

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Verifica-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

O art. 385, conforme já mencionado, estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas). Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada.

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2º do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

O *caput* do art. 386 traz o primeiro requisito que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: uma pessoa jurídica deve absorver o patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão nº 9101-002.301, pela assertividade da análise ali desenvolvida:

"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 ATALIBA⁵.

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, fez 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, 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.

⁵ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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 impositivo (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 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. SCHOUERI⁶, 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**.

⁶ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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**. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial."

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)**. Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo §6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu §6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se **quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente** (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendidos os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial". Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa em que investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que o ágio que a contribuinte pretendeu aproveitar tributariamente teve origem em 30/08/2005, quando a MERIDIONAL adquiriu a totalidade das quotas da ALLIANCE ONE BRASIL junto à INTABEX pelo valor de R\$ 507.000.000,00. O fato de tal valor ser superior ao valor patrimonial das quotas alienadas (R\$ 268.324.917,57) fez com que a MERIDIONAL registrasse a diferença como ágio, quantificado em R\$ 238.675.082,43.

Em 30/09/2005, a controladora MERIDIONAL foi incorporada pela contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL, sua controlada, em um processo de incorporação reversa, o que fez com que o ágio antes contabilizado na primeira ingressasse no patrimônio da segunda.

Como o ágio fora originalmente atribuído à expectativa de rentabilidade futura de suas próprias quotas, a contribuinte considerou que tinha reunido na mesma entidade o ágio e o investimento cuja expectativa de resultados lhe servira como fundamento. Assim, julgando-se amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (art. 386 do RIR/1999), passou a promover a redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL por meio da exclusão de valores atribuídos à dedução das despesas de amortização do referido ágio.

Ocorre que o entendimento defendido pela não tem amparo legal nos mencionados dispositivos legais ou em quaisquer outros.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

A configuração do aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999 requer, como foi visto, que a pessoa jurídica que vier a absorver o patrimônio da outra em que detenha participação societária (ou a ser absorvida por ela, no caso da incorporação "às avessas") tenha acreditado na "mais valia", feito estudos de rentabilidade futura e efetivamente desembolsado os recursos para a aquisição do investimento.

No caso dos autos, é incontroverso que não houve desembolso algum, por qualquer das partes envolvidas, nas operações que originaram o ágio de R\$ 238.675.082,43. Este número adveio simplesmente da diferença entre a reavaliação encomendada pela administração local do grupo ALLIANCE (após já sacramentada a unificação dos grupos internacionais DIMON INCORPORATED e STANDARD COMMERCIAL CORPORATION) e o valor nominal das quotas da contribuinte que foram cedidas pela INTABEX à MERIDIONAL. Sendo assim, não há que se falar na existência de uma investidora real, que faria jus à possibilidade de aproveitamento tributário do ágio nos moldes delineados no art. 386 do RIR/1999.

Além disso, também o aspecto material da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999 não restou caracterizado no caso concreto. Para que o ágio possa ser objeto de aproveitamento fiscal, é necessária a ocorrência de "confusão patrimonial" entre investidora e investida porque assim passam a coexistir dentro da mesma pessoa jurídica a "mais valia" paga com base na expectativa de rentabilidade futura e o próprio investimento de que se espera tal rentabilidade. É justamente por conta deste encontro que a legislação permite que os contribuintes dêem por perdido o capital investido na "mais valia" e passem a utilizar as despesas de sua amortização como deduções da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

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

Assim, a operação de aproveitamento tributário do ágio por meio da exclusão de valores correspondentes às despesas de sua amortização, promovida pela contribuinte diretamente na parte B de seu LALUR nos anos de 2009 e 2010, não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada. No caso dos autos, não existiu a figura da investidora originária porque não houve dispêndio apto a amparar a criação do ágio que se pretendeu amortizável. O ágio contabilizado decorreu de reavaliação do valor de mercado das quotas da contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL, posteriormente cedidas pela INTABEX à MERIDIONAL, não tendo sido verificado dispêndio que viesse a satisfazer os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência da benesse estabelecida no art. 386 do RIR/1999.

É indiferente para tal conclusão o fato de, ao final das operações societárias promovidas pelo grupo econômico, estarem reunidos no patrimônio da contribuinte

ALLIANCE ONE BRASIL o ágio de R\$ 238.675.082,43, fundamentado na expectativa de sua própria rentabilidade futura, e o investimento que lhe serviu de fundamento. Sem a realização de investimento efetivo que justifique o nascimento do ágio, não há que se falar na ocorrência de confusão patrimonial que possibilite a dedutibilidade prevista no art. 386 do RIR/1999.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a investidora arque com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio a que se refere diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. Mais do um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado.

O ágio inicialmente contabilizado pela MERIDIONAL e posteriormente incorporado pela recorrente ALLIANCE ONE BRASIL foi criado sem esta troca de riquezas entre adquirente e alienante. A criação de tal ágio foi um fenômeno puramente contábil. Ninguém sacrificou valores ou direitos que justificassem sua criação.

Isto só foi possível porque as empresas ALLIANCE ONE BRASIL, a MERIDIONAL e a INTABEX já eram, em agosto de 2005, todas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Até maio de 2005, a contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL (controlada direta da *holding* estrangeira INTABEX) e a MERIDIONAL eram concorrentes diretas no Brasil, atuando no mercado de tabaco. Os grupos econômicos internacionais a que pertenciam também concorriam a nível global, sendo que a contribuinte era parte do grupo controlado pela DIMON INCORPORATED e a MERIDIONAL pertencia ao grupo capitaneado pela STANDARD COMMERCIAL CORPORATION.

Em 13/05/2005, nos Estados Unidos da América, a DIMON INCORPORATED incorporou a STANDARD COMMERCIAL CORPORATION e mudou sua denominação para ALLIANCE ONE INTERNATIONAL INC..

Assim, a partir de maio de 2005, tanto a contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL e sua controladora INTABEX quanto a empresa MERIDIONAL estavam submetidas ao controle de uma mesma pessoa jurídica norte-americana, a ALLIANCE ONE INTERNATIONAL INC.. A MERIDIONAL submetia-se a tal controle por intermédio de suas controladoras diretas, as *holdings* estrangeiras TRANS-CONTINENTAL LEAF TOBACCO CORPORATION LIMITED e STANDARD COMMERCIAL TOBACCO CO. INC..

Somente em razão desta nova configuração é que foi possível a realização da "venda" das quotas da contribuinte pela INTABEX à MERIDIONAL, em 30/08/2005, sem qualquer substrato econômico ou sacrifício patrimonial em contrapartida. A MERIDIONAL, a princípio, registrou como obrigação a pagar a dívida de R\$ 507.000.000,00 que assumiu junto à INTABEX. No dia seguinte, "pagou" a dívida por meio da emissão de novas quotas, no valor total de R\$ 507.000.000,00, que foram entregues à INTABEX. Ou seja, como afirmado antes, o ágio foi criado pelo grupo econômico com contrapartida meramente contábil, de forma artificial.

A circulação de riquezas requerida pelo art. 386 do RIR/1999, para fins de caracterização do aspecto pessoal da hipótese de incidência, requer obrigatoriamente a participação de um terceiro, externo ao grupo econômico que negocia a participação societária,

especificamente na operação que fixa o "custo de aquisição", o "valor de mercado", que será empregado no cálculo do ágio.

É neste momento que a participação de um terceiro é necessária, porque somente desta forma é possível garantir que o valor praticado na "aquisição" do investimento é verossímil e apto a ser utilizado como parâmetro de cálculo de um ágio que poderá ser posteriormente convertido em vantagens tributárias para o adquirente da participação societária.

No caso concreto, os controladores da INTABEX e da MERIDIONAL poderiam determinar, em última instância, qualquer valor de "alienação" para as quotas da ALLIANCE ONE BRASIL que foram cedidas em 30/08/2005 porque ocupavam, simultaneamente, as posições de alienante e adquirente da participação societária. Não há sentido em se cogitar da existência de ágio com base em reavaliação promovida unilateralmente pelos controladores, sem que o valor estipulado para a "mais valia" passe pelo crivo de razoabilidade do mercado, por meio da aceitação, por um terceiro não-relacionado, em arcar com o correspondente ônus (não necessariamente por meio de pagamento, mas de algum sacrifício patrimonial proporcional).

Assim, o negócio celebrado entre estas empresas não aconteceu em um ambiente de livre concorrência, em que os atos negociais visam a atender aos interesses de ambos os contratantes, que assumem direitos e deveres proporcionais. O fato de as empresas integrarem um mesmo grupo econômico adiciona novos elementos e interesses maiores ao negócio. Não necessariamente os atos celebrados têm como objetivo beneficiar todas as partes envolvidas.

Portanto, quanto ao aproveitamento tributário do ágio de R\$ 238.675.082,43 (sendo R\$ 47.735.016,48 no ano-calendário 2009 e R\$ 35.801.262,39 no ano-calendário 2010), pretendido pela recorrente ALLIANCE ONE BRASIL, considero que andou bem a Fiscalização ao não permiti-lo e ao determinar as respectivas glosas. Conforme se verificou, trata-se de ágio interno, criado de forma artificial em operações meramente contábeis realizadas entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, imprestável, portanto, para fins de utilização tributária.

Este entendimento é corroborado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que já se pronunciou de forma contrária à possibilidade de geração de ágio em operações societárias envolvendo apenas empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de onde se transcreve o seguinte trecho:

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

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), **do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação**, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length". Portanto, é nosso entendimento que **essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.**" (grifou-se)

Assim, verifica-se que a CVM não chancela a existência contábil do ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, sem dispêndio algum.

Também o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) já se manifestou de maneira semelhante, por meio da Orientação Técnica OCPC nº 02/2008:

"É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação."

Por fim, relevante ainda mencionar que o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) tampouco reconhece a legitimidade do ágio gerado intragrupo, como foi expresso nas seguintes Resoluções:

Resolução CFC nº 1.110/2007

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

Resolução CFC nº 1.303/2010

"48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos na presente Norma. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo."

Os atos administrativos mencionados e parcialmente transcritos foram todos exarados de 2007 em diante, posteriormente, portanto, ao período em que o grupo econômico a que pertence a contribuinte recorrente praticou as operações societárias que pretensamente originaram ágio passível de aproveitamento tributário (2005).

Isto não significa, entretanto, que o entendimento exposto nos atos administrativos daqueles órgãos fosse novo. A este respeito, observe-se a manifestação da própria CVM por ocasião do julgamento de recurso constante do Processo Administrativo CVM RJ 2007/3480:

"RELATÓRIO

No caso concreto, as demonstrações financeiras da Companhia do exercício de 2006 continham uma informação que a SEP e a SNC consideraram errada: o valor de um ativo (a participação acionária na CPM USA) foi contabilizado por um valor apurado em laudo de avaliação, mas esse bem estava, antes, contabilizado em companhia do mesmo grupo por valor mais baixo, e o aumento de seu valor se deu por incorporação entre partes relacionadas.

A Companhia não recorreu quanto ao mérito desse entendimento, mas entende que ele somente foi manifestado pela CVM ao mercado através do Ofício- Circular de 2007, divulgado em 14.02.2007,(...)

SEP e SNC confirmam que essa dicção somente constou a partir do Ofício-Circular 01/2007, mas sustentam que o entendimento já era este desde sempre, porque ele decorre dos princípios contábeis geralmente são aplicáveis à escrituração contábil das companhias brasileiras por força do art. 177 da Lei 6.404/76

(...)

O recurso apresentado pela Companhia sustenta que a introdução desse entendimento pela CVM constituiria mudança de critério contábil de que trata o art. 186, §1º da Lei 6.404/76, e, por isso, a determinação de baixa do ágio poderia ser feita mediante ajuste de exercícios anteriores, na primeira ITR, como já teria sido aceito pela CVM em outros precedentes.

Quanto ao primeiro ponto, entendo ter razão a área técnica. **Não se pode afirmar que seja novo o entendimento da CVM quanto à impossibilidade contábil de aproveitamento do ágio interno (assim entendido como aquele gerado em operações entre partes relacionadas). Como lembra a SNC, essa impossibilidade está ligada ao Princípio do Custo como Base de Valor — segundo os especialistas "o mais antigo e discutido princípio de contabilidade" — que considera o valor de entrada como o que deve servir de base para registro de qualquer ativo, ressalvada a hipótese restrita (e mesmo inexistente em alguns países, como nos Estados Unidos) de reavaliação e, ainda, observando-se o valor de recuperação, sempre que menor. Como destacam as áreas técnicas, esse princípio foi expressamente reconhecido na "Estrutura Conceitual Básica de Contabilidade" desde a Deliberação 29/86, além de estar à base da Deliberação 183/95.**

Portanto, ainda que o Ofício-Circular 01/2007 tenha vindo a dar maior destaque à questão específica do ágio interno, o entendimento da CVM

sempre existiu, com fundamento do Princípio do Custo como Base de Valor, e era público. Assim, não vejo como sustentar, portanto, que se possa falar em "mudança de critério contábil" (grifou-se).

Diante de todo o exposto, conclui-se que as próprias Ciências Contábeis têm restrições em relação à existência do ágio gerado internamente, por meio de operações societárias realizadas no interior de um grupo econômico e sem o lastro de efetiva circulação de riquezas. Com base nisso e na inexistência de lei que estabeleça tratamento tributário diferenciado para este instituto, forçoso se faz concluir pela inutilidade do denominado "ágio interno" para os fins tributários pretendidos pela recorrente.

Diante do exposto, relativamente ao pedido de reconhecimento da legitimidade do aproveitamento tributário do ágio gerado em operações envolvendo apenas empresas pertencentes ao grupo econômico ALLIANCE, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da contribuinte.

3) Qualificação da multa de ofício

Conforme relatado alhures, a PGFN apresentou recurso especial questionando a conclusão a que chegou o Acórdão nº 1402-002.148 em relação à inaplicabilidade da multa de ofício qualificada ao caso concreto.

A Fazenda Nacional defende a aplicação da multa de ofício em seu percentual qualificado de 150% por entender que a Fiscalização logrou demonstrar cabalmente o nítido intuito de fraude das operações praticadas pela contribuinte com simulação para criar ágio interno sem propósito negocial.

Prossegue a recorrente afirmando que a contribuinte teve participação ativa nas operações artificiais promovidas pelo seu grupo econômico, atuando de forma dolosa, firme, consciente e livre para, de forma deliberada, modificar a característica essencial de fato gerador de obrigação tributária principal.

Assim, teria sido suficientemente demonstrada a presença dos elementos volitivo e cognitivo necessários à caracterização do dolo, devendo ser restabelecida a qualificação da multa de ofício, posto que amparada nos comandos legais aplicáveis e justificada pelo contexto probante.

A análise da pretensão recursal da Fazenda Nacional deve iniciar-se pelo exame dos fundamentos manejados pela Fiscalização para aplicar, no caso concreto sob discussão, a multa de ofício em sua modalidade qualificada. O Relatório Fiscal datado de 30/09/2014 justificou tal conclusão com base nas seguintes considerações:

"VI - MULTA QUALIFICADA

219. Os fatos expostos neste relatório demonstram que a Contribuinte atuou de forma dolosa, através de ato simulado de compra e venda de participação societária implementada no BRASIL pela administração local, com real interesse em modificar suas características pessoais frente ao FISCO, mostrando-se como uma controlada da sua futura incorporada por um pequeno lapso temporal e assim, implementar condições artificiais para se adequar ao disposto no art. 7º da Lei 9.532/97 e alcançar o gozo do benefício fiscal do aproveitamento ágio

interno que não seria gerado se a materialidade da incorporação internacional fosse mantida no Brasil.

220. A interposição da compra e venda da participação societária foi apresentada como uma operação precedente necessária para o processo de reorganização no Brasil derivado da reorganização internacional, mas **seu objetivo real teve apenas como fim a alteração das características individuais da Contribuinte perante o FISCO, e mais contundentemente, foi realizada na contramão da verdade material existente**, já que toda a linha de incorporação já se encontrava pré-definida quando da sua implementação.

221. Apurou-se de forma contundente que **os agentes que participaram da operação de compra e venda não eram os verdadeiros interessados na operação**. Foram usados, tiveram a vontade manipulada em favor de terceiro. O poder de mando conferido aos Diretores pelos contratos sociais que dão forma a operação em nome da MERIDIONAL já se encontrava deturpado. **Foi provado que nem a PJ que implementa a condição, nem seus representantes estavam à frente da condução do negócio apresentado ao FISCO**. Não havia qualquer interesse econômico ou mesmo capacidade financeira (alegada pela própria Contribuinte em suas justificativas) para que uma empresa à beira da extinção (já definida pela incorporação internacional) implementasse uma operação de grande monta sem ter qualquer objetivo econômico ou financeiro ou simplesmente para buscar realizar o seu objeto através de terceiros. Nem mesmo a operação fazia parte da sua atividade e seus representantes legais estavam autorizados para praticá-lo. **A afronta a diversos elementos formais no açodado interesse em realizar o ato, corroborou com a identificação da simulação com objetivo de promover a sonegação fiscal através da fraude a Lei Tributária, mais precisamente o art. 7º da Lei 9.532 através da inserção de elementos formais não alinhados com a verdade material na relação jurídico-tributária e propositadamente alterá-la a seu favor com fins de reduzir o tributo devido**.

222. A multa aplicada nos casos de lançamento de ofício é calculada sobre a diferença de tributo ou contribuição está prevista no Art. 44, I da Lei 9.430 de 27/12/1996. No caso de constatação de que a conduta é enquadrada nos casos previstos do §1º do art. 44, a multa disposta no inciso I é aplicada em dobro, ou seja, 150%:

Lei 9430/96

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

I - de 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; (Vide Lei nº 10.892, de 2004)(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

Lei 4502/64

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

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

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

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

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

223. Exhaustivamente expostos no presente relatório o fatos que demonstram a fraude tributária e a sonegação tributária, a fiscalização aplica a multa qualificada de 75% (setenta e cinco por cento), em dobro, nos termos do §1º do art. 44 da Lei 9.430/96. " (grifou-se)

Verifica-se, portanto, que a autoridade lançadora considerou configuradas no caso concreto hipóteses de fraude e sonegação tributárias, tipificadas nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/1964. Sendo assim, entendeu-se como impositiva a qualificação da multa de ofício que acompanhou os lançamentos principais, conforme determinado pelo § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Ao apreciar as impugnações apresentadas pelos sujeitos passivos (contribuinte e seus ex-diretores, que foram apontados como responsáveis solidários), a 3ª Turma da Delegacia de Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Ribeirão Preto/SP assim dispôs no Acórdão nº 14-57.960, a respeito da aplicação da multa qualificada no caso sob análise:

"EMENTA

(...)

MULTA QUALIFICADA.

Constatado o dolo na prática de fraude e conluio que resultaram na geração de ágio artificial, criado de forma consciente e deliberada, é cabível qualificação da multa de ofício, aplicada no percentual de 150%.

(...)

VOTO

(...)

Multa qualificada.

A impugnante reclama que não pode ser aplicada a multa de 150% (qualificada) ao lançamento efetuado, porque inexistem condutas dolosas e práticas de atos simulados.

Para explicitar a aplicabilidade dessa multa, transcrevem-se os dispositivos da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, que a fundamentam, *in verbis*:

(...)

Vê-se que, **para enquadrar determinado ilícito fiscal nos dispositivos dessa lei, há necessidade que esteja caracterizado o intuito doloso.** Ademais, pode-se afirmar que cada ato ilícito carrega uma determinada carga de lesão à ordem tributária, onde determinadas condutas são tão graves a ponto de, por si só, imediatamente consubstanciarem o intuito doloso.

Passando-se ao caso concreto que aqui se tem, **a multa de ofício com esse percentual é aplicável sobre o imposto e contribuição apurada, pois a forma pela qual foram executadas as operações evidenciam as intenções das partes em reduzir o montante dos tributos devidos,** como bem descrito pelo Autuante, no Relatório Fiscal:

(...)

Dessa forma, deve-se confirmar que **restou claro o intuito de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal e das condições pessoais do contribuinte e também da ocorrência do fato gerador, propiciando a redução indevida dos tributos devidos.**

Estando **provada a ocorrência de conduta lesiva ao erário, dolosa, da autuada, justifica-se a aplicação da multa de ofício com o percentual de 150%,** conforme enquadramento legal citado nos autos." (grifou-se)

Prevaleceu, portanto, na primeira instância de julgamento administrativo o entendimento pelo acerto da qualificação da multa de ofício determinada pela Fiscalização. A decisão fez remissão aos termos do Relatório Fiscal para concluir ter sido claramente demonstrado o intuito doloso da contribuinte de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade tributária, do fato gerador da obrigação principal e das suas próprias condições pessoais, com o objetivo maior de reduzir indevidamente o montante dos tributos devidos.

Na sequência, houve interposição de recursos voluntários pela contribuinte e pelos responsáveis solidários, que provocaram o proferimento do Acórdão nº 1402-002.148. Naquela decisão, o i. Conselheiro Relator foi vencido quanto aos temas da qualificação da multa de ofício e da responsabilização solidária dos ex-diretores da contribuinte. Prevaleceu em relação a tais tópicos o entendimento consubstanciado no voto vencedor assim redigido:

"Com a devida vênia, o que diz respeito à penalidade de 150% e a responsabilidade dos coobrigados, ousou discordar do entendimento do i. Conselheiro Relator.

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

As operações levadas a efeito foram realizadas segundo diretrizes estabelecidas na integração mundial das empresas dos grupos do DIMON Incorporated e Standard Commercial Corporation, haja vista a troca de ações das empresas efetuada no exterior, a valores de mercado.

Conforme evidenciou a Recorrente, apesar da troca de ações não ser uma opção viável para a consolidação das operações do grupo no País, esse critério de valoração a mercado haveria de ser e foi utilizado nas reorganizações realizadas pelas subsidiárias diretas e indiretas das empresas não só no Brasil, mas também em nível mundial.

Ainda segundo consta nos autos, **diante do objetivo de seguir o princípio adotado no exterior de reconhecer o valor de mercado do investimento da Intabex na Recorrente antes de sua integração com a empresa Meridional e em seguida dando-lhe participação amplamente majoritária naquela, foram analisadas as alternativas possíveis para tanto e decidiu-se que a operação de compra e venda das quotas da Recorrente à Meridional, com o registro de ágio, seguida da capitalização dos valores a receber, seria a opção mais adequada.**

Embora os efeitos tributários advindos no Brasil de tal estruturação da operação não possa ser aceita, entendo que não se pode concluir ter ocorrido simulação, e, conseqüentemente, dolo na operação realizada.

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%." (grifou-se)

A decisão recorrida considerou, pois, que a operação de venda das quotas da contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL pela INTABEX à MERIDIONAL, a valor de mercado, antes da integração definitiva entre esta última e a contribuinte, seria a forma mais adequada de seguir no Brasil a diretriz adotada mundialmente na unificação das empresas antes pertencentes aos grupos multinacionais distintos DIMON INCORPORATED e STANDARD COMMERCIAL CORPORATION.

Em razão disso, concluiu-se que a conduta da contribuinte não estaria eivada de dolo e não caracterizaria fraude, sonegação ou conluio necessários à qualificação da multa de ofício, nos termos dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964 e art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996.

Com a devida vênia, discordo da tese que prevaleceu no acórdão recorrido e entendo que cabe razão à Fazenda Nacional em sua pretensão recursal.

Acompanho o entendimento da Fiscalização e do acórdão proferido pela DRJ em Ribeirão Preto/SP, no sentido de que a reorganização societária promovida pelo grupo econômico da contribuinte tinha um único objetivo traçado desde seu início: a fabricação artificial de ágio que pudesse ser objeto de aproveitamento fiscal para fins de redução da carga

tributária da contribuinte. Assim, verifica-se a dissociação entre a vontade declarada pelo contribuinte e sua vontade real, caracterizando-se hipótese de simulação apta a caracterizar a fraude tipificada no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

Ainda que o então recém-criado grupo internacional ALLIANCE estivesse, como alega a contribuinte, efetivamente promovendo a integração das operações de suas empresas brasileiras, com os objetivos de eliminar duplicidades, cortar custos e aumentar a eficiência, isso não justificaria a realização da operação societária levada à prática em 30/08/2005, por meio da qual a INTABEX alienou à MERIDIONAL a integralidade das quotas da contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL, a valores reavaliados. Para atender ao objetivo de redução da complexidade da estrutura societária e de reunião das operações de duas empresas do grupo, bastaria a transferência do controle acionário ou mesmo a incorporação de uma das empresas por outra, a valores contábeis.

A concretização de tais objetivos não necessitava, de forma alguma, que a MERIDIONAL adquirisse, com ágio milionário, as quotas da contribuinte. Inclusive, apenas um mês após tal aquisição de participação societária, ocorreu a incorporação inversa da investidora MERIDIONAL pela investida ALLIANCE ONE BRASIL. Tal fato corrobora a desnecessidade da operação que especificamente provocou o surgimento contábil do ágio que se pretendeu amortizável.

A contribuinte alega que esta operação específica seria necessária para respeitar uma diretriz estabelecida mundialmente para a integração das empresas antes pertencentes aos grupos internacionais distintos DIMON INCORPORATED e STANDARD COMMERCIAL CORPORATION.

Ora, se as operações de integração entre as empresas estrangeiras do grupo recém-criado se deram mediante troca de ações ou se envolveram companhias de capital aberto ou fechado, nada disso tornava imperativa a reavaliação a valor de mercado das quotas da contribuinte antes de sua integração definitiva com a MERIDIONAL.

Não se pode afirmar nem mesmo que o valor de mercado da ALLIANCE ONE BRASIL, quando ainda era denominada de DIMON DO BRASIL TABACOS LTDA., tenha sido levado em consideração para a fixação de valores adotados em operações realizadas no exterior antes de 30/08/2005 (data da aquisição das quotas da contribuinte com ágio). Isso porque a integração dos grupos estrangeiros se deu em 13/05/2005 e o laudo de reavaliação elaborado pela PricewaterhouseCoopers, empresa de auditoria, é datado de agosto de 2005 (conforme se verifica na capa do Relatório de Avaliação Econômica à fl. 1067).

Assim, não resta outra conclusão a não ser que o único intuito da operação realizada pelo grupo econômico da contribuinte em 30/08/2005, em meio a outras operações que tinham a finalidade legítima de unificar as operações das empresas brasileiras do grupo, foi indubitavelmente a geração artificial do ágio milionário de R\$ 238.675.082,43, posteriormente utilizado pela contribuinte para reduzir drasticamente o montante de tributos recolhidos aos cofres públicos.

A atuação da contribuinte e das demais empresas pertencentes a seu grupo econômico teve, portanto, evidente intuito de fraude e caracterizou simulação. A contribuinte tinha a consciência e a vontade para a prática da conduta contrária ao ordenamento. Sua conduta foi deliberada e planejada para reduzir indevidamente o montante de tributos devidos sobre seu lucro, a partir da criação de ágio artificial e da dedução de despesas inexistentes.

Outras características observadas na reorganização societária promovida pelo grupo ALLIANCE no Brasil também permitem concluir que houve efetivamente simulação e evidente intuito de fraude no que se relaciona à criação do ágio interno:

a) Não houve circulação de riquezas que pudesse justificar o surgimento do ágio, uma vez que nenhuma empresa não relacionada tomou parte em quaisquer das operações identificadas. Ainda que a contribuinte tenha defendido que as empresas envolvidas pertenciam a grupos econômicos distintos até maio de 2005, o fato é que todas já estavam submetidas a controle societário comum à época das operações discutidas nos presentes autos;

b) No momento da incorporação reversa da MERIDIONAL pela contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL, os efeitos das operações anteriores foram anulados. O único resultado encontrado ao final foi a existência do ágio criado artificialmente, que posteriormente se pretendeu dedutível;

c) O relatório da empresa PricewaterhouseCoopers que visou à avaliação do valor de mercado das quotas da contribuinte identifica inicialmente como sua contratante a MERIDIONAL, empresa que, em tese, efetivamente viria em seguida a investir na contribuinte. Mais adiante, todavia, o relatório menciona como contratante a administração local do novo grupo ALLIANCE, o que deixa claro que a criação do ágio interno foi planejada antecipadamente para ocorrer no bojo das legítimas operações de unificação das empresas brasileiras do grupo recém-criado;

d) Outra prova da atuação deliberada e sincronizada das empresas do grupo econômico, com a finalidade de gerar artificialmente o ágio que depois se pretendeu amortizável, foi o fato de a mesma advogada atuar como procuradora das *holdings* estrangeiras INTABEX (controladora direta da ALLIANCE ONE BRASIL), ALLIANCE ONE INTERNATIONAL INC. e TRANS-CONTINENTAL LEAF TOBACCO CORPORATION LIMITED (controladoras diretas da MERIDIONAL) na operação que gerou o ágio interno e na subsequente incorporação reversa entre as empresas brasileiras;

e) Nas operações realizadas em território brasileiro, verificou-se situação que foge a qualquer propósito negocial: a INTABEX vendeu quotas da contribuinte à MERIDIONAL e recebeu como pagamento, no dia seguinte, novas quotas emitidas pela adquirente, cuja incorporação pela contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL já estava decidida. Na essência, a INTABEX vendeu participação societária na contribuinte e recebeu, como pagamento, a mesma participação societária na contribuinte.

Existe ainda um fator que, no meu ponto de vista, representa prova cabal da falta de substância econômica da reorganização societária promovida e do real objetivo desejado de mera economia fiscal: nenhuma alteração de fato ocorreu, entre o início e o encerramento das operações societárias analisadas, no controle societário da empresa fiscalizada.

Após 13/05/2005, a contribuinte era controlada diretamente pela INTABEX e indiretamente pela ALLIANCE ONE INTERNATIONAL INC., empresa recém-criada nos Estados Unidos da América pela fusão das gigantes DIMON INCORPORATED e STANDARD COMMERCIAL CORPORATION.

Em 30/08/2005, a contribuinte passa a ser controlada diretamente pela MERIDIONAL. Esta empresa, por sua vez, passou a ser controlada pela INTABEX (que

recebeu suas quotas em pagamento pela venda das quotas da ALLIANCE ONE BRASIL), pela TRANS-CONTINENTAL LEAF TOBACCO CORPORATION LIMITED e pela ALLIANCE ONE INTERNATIONAL INC.. Esta última empresa, portanto, controlava direta ou indiretamente todas as demais citadas.

Por fim, em 30/09/2005, a contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL incorpora sua então controladora integral MERIDIONAL, passando a ser controlada diretamente pelas empresas INTABEX, TRANS-CONTINENTAL LEAF TOBACCO CORPORATION LIMITED e ALLIANCE ONE INTERNATIONAL INC..

Pois bem. A partir de maio de 2005, a contribuinte e a empresa MERIDIONAL sempre estiveram submetidas ao controle, direto ou indireto, da empresa norte-americana ALLIANCE ONE INTERNATIONAL INC.. Após a extinção da MERIDIONAL, por conta de sua incorporação, a contribuinte permaneceu sob o controle da mesma empresa norte-americana.

Constata-se, portanto, que o controle de todas as pessoas jurídicas envolvidas na reorganização societária promovida pelo grupo ALLIANCE sempre esteve nas mãos da mesma empresa, desde sua criação em 13/05/2005. Nunca houve figuras distintas de alienante e adquirente que pudessem protagonizar um negócio jurídico apto a provocar o legítimo aparecimento de ágio.

Tudo isso posto, verifica-se a existência de duas vontades do grupo ALLIANCE, no que atine à operação que gerou artificialmente o ágio. A vontade declarada seria a reavaliação das quotas da contribuinte ALLIANCE ONE BRASIL para fins de atendimento a uma diretriz fixada globalmente para as operações de unificação de empresas antes concorrentes. Já a vontade real, descortinada por todas as considerações expostas neste voto, foi aproveitar-se da unificação das empresas brasileiras ALLIANCE ONE BRASIL e MERIDIONAL para criar ágio artificial e utilizá-lo posteriormente na redução indevida de tributos devidos pela contribuinte.

A divergência entre vontades declarada e real, constatada no caso sob exame, caracteriza a simulação praticada pela contribuinte e pelas demais empresas de seu grupo econômico, nos termos do art. 167, § 1º, inciso II, do Código Civil Brasileiro.

Ademais, considero que o planejamento tributário levado a efeito pela contribuinte consistiu de ação dolosa com evidente intuito de fraude, uma vez que tentou-se impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade tributária, de fato gerador de obrigação principal ou ainda modificar suas características essenciais de modo a reduzir o montante de tributo devido. Sua conduta, assim, subsume-se à definição legal de fraude contida no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, autorizadora da qualificação da multa de ofício segundo a determinação do art. 44, § 1º da Lei nº 9.430/1996.

Diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da Fazenda Nacional relativamente ao pedido de restabelecimento da multa de ofício ao percentual qualificado de 150%.

Desse modo, sumariando os entendimentos expostos, voto no sentido de:

- **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial da contribuinte quanto ao pleito de cancelamento das glosas relacionadas à utilização tributária do ágio gerado internamente;

- **DAR PROVIMENTO** ao recurso especial da PGFN para restabelecer a multa de ofício ao seu percentual qualificado de 150%; e

- **DETERMINAR** o retorno dos autos à Turma *a quo*, para prolação de nova decisão quanto à atribuição de responsabilidade solidária aos ex-diretores da contribuinte e da MERIDIONAL, com base no restabelecimento da qualificação da multa de ofício, **após ser dada ciência às partes desta decisão.**

(Assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo