



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

Processo nº 15504.723633/2011-57
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-004.115 – 1ª Turma
Sessão de 10 de abril de 2019
Matéria IRPJ - ÁGIO
Recorrente MINERACAO BELOCAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

OPERAÇÃO COM DESÁGIO.

Constatada a ocorrência de deságio, e não de ágio na operação societária, não há que se falar em aproveitamento da despesa tributária.

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado:

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da

pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

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

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

CSLL. DECORRÊNCIA.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE. SÚMULA CARF N. 108.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, não conhecendo apenas da matéria "juros de mora sobre a multa de ofício", vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Rafael Vidal de Araújo e Viviane Vidal Wagner, que não conheceram integralmente do recurso e, no mérito, na parte conhecida, (i) quanto aos temas "ágio" e "empresa veículo", por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luis Fabiano Alves Penteado (relator), Cristiane Silva Costa e Lívia De Carli Germano, que lhe deram provimento; (ii) quanto ao tema "concomitância de multas", por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luis Fabiano Alves Penteado (relator), Cristiane Silva Costa, Demetrius Nichele Macei e Lívia De Carli Germano, que lhe deram provimento. O tema "laudo de avaliação" restou prejudicado. Votou pelas conclusões, quanto ao tema "empresa veículo", a conselheira Lívia De Carli Germano. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Luis Fabiano Alves Penteado, Lívia De Carli Germano e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência (fls. 1.583/1.627) interposto pela contribuinte contra o acórdão 1402-002.451 da 2ª Turma da 4ª Câmara que restou assim ementado e decidido:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

DECADÊNCIA. ÁGIO. TERMO INICIAL. AMORTIZAÇÃO.

É pacífico neste Colegiado que, para início da contagem do prazo decadencial, deve-se ater à data de ocorrência dos fatos geradores, e não à data de contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

Com efeito, o prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN. Portanto, a contagem do prazo decadencial deve se dar, não a partir da formação dos ágios, mas sim de sua efetiva amortização.

PRELIMINAR. NULIDADE. FATOS IMPUTADOS A FISCALIZADA QUE NÃO SÃO OBJETO DO AUTO DE INFRAÇÃO. PREJUDICIALIDADE NÃO CARACTERIZADA. NÃO ACOLHIMENTO.

Não têm relevância fatos novos imputados a fiscalizada, trazidos pela autoridade de primeira instância, que não interfiram no julgamento do mérito em sede de instância recursal.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. REGRA GERAL.

Quanto à amortização de ágio, a regra é a indedutibilidade dos valores.

Somente em casos específicos é permitida a dedutibilidade (art. 7º, da Lei nº 9.532/97), que visa beneficiar aquele que efetivamente incorreu em ônus, ou seja, desembolsou valores/patrimônio para a aquisição de uma participação societária com ágio.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. LAUDO DE AVALIAÇÃO EXTEMPORÂNEO. INADMISSIBILIDADE.

É necessário um laudo prévio de avaliação e não extemporâneo com base na expectativa de rentabilidade futura da empresa em avaliação para autorizar-se a dedutibilidade da amortização do ágio para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS. NOVA REDAÇÃO DADA PELA MP 351/2007. APLICÁVEL À FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS A PARTIR DA COMPETÊNCIA DE DEZEMBRO DE 2006.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não

recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

AUTOS REFLEXOS. CSLL.

A decisão referente às infrações do IRPJ aplica-se às demais tributações, no que couber.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, negar provimento ao recurso voluntário:

i) por unanimidade quanto à glosa de despesas com ágio; e ii) por maioria de votos quanto à multa isolada. Vencidos nessa parte os Conselheiros Demetrius Nichele Macei, Leonardo Luis Pagano Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella. que votaram por cancelar a exigência dessa penalidade. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor em relação à multa isolada.

Em seu Recurso Especial, a contribuinte traz à discussão 05 temas distintos à discussão:

Tema 1 - Formação do ágio e aplicação do artigo 22 da Lei n. 9.249/95

Segundo a Recorrente, a possibilidade de entrega de participação societária a sócios ou acionistas com base no custo de aquisição é hipótese expressamente prevista no art. 22 da Lei n. 9.249/95. Neste tema, traz os acórdãos n. 1301-001.302 e 101-94.008 como paradigmas, vez que em tais acórdãos restou decidido que no contexto de devolução de participação societária com entrega de bens ao sócio o custo a ser registrado é justamente o custo originalmente incorrido com a participação sendo extinta.

Tema 2 - Utilização de Empresa Veículo

Segundo a Recorrente, o acórdão ora recorrido entendeu que a empresa Cananga fora utilizada como mera empresa veículo e que tal fato, por si só, justificou a glosa da dedução do ágio. Contudo, traz os acórdãos paradigmas n. 1102-000.982 e 1201-001.554

que entenderam que a utilização de empresa veículo, desde que devidamente justificada, por si só não é suficiente para invalidar a dedução do respectivo ágio.

Tema 3 - Laudo de Avaliação

Alega a Recorrente que o acórdão recorrido não se ateve à documentação apresentada pela Recorrente no que tange ao fato que o laudo produzido em forma final pela empresa KPMG em 12/11/2004 foi contratado em 16/08/2004, data anterior à aquisição que originou o ágio e que, além disso, a Recorrente já detinha estudos internos realizados pelo Grupo Lhoist anteriores à aquisição. Em sentido contrário, traz os acórdãos paradigmáticos 1301-001.505 e 1201-001.507 que concluíram ser suficiente a existência de documentação hábil e idônea a demonstrar a intenção do adquirente de pagar a mais-valia pelo investimento na expectativa de que este apresente rentabilidade futura. Segundo a Recorrente, fora apresentado nos autos documentos contemporâneos à aquisição o que demonstra a divergência entre o acórdão recorrido e os paradigmas.

Tema 4 - Impossibilidade de cobrança simultânea de multa de ofício e multa isolada

Traz a Recorrente os acórdãos paradigmas n. 1102-001.315 e 1401-001.567 que concluíram pela impossibilidade de tal concomitância em sentido inverso ao que restou decidido no acórdão recorrido.

Tema 5 - Impossibilidade de cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício

Informa a Recorrente que os acórdãos paradigmas n. 1202-001.257 e 1202-001.109 decidiram em sentido contrário ao acórdão recorrido ao julgarem indevida a incidência de juros sobre a multa aplicada.

Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial

Em despacho de admissibilidade (fls. 2.009/2.017), o Recurso fora admitido apenas em parte, limitado ao temas n. 2, 3, 4 e 5. Restou entendido que no tangente ao tema 1, não restou caracterizada a divergência de entendimento entre os paradigmas e o acórdão recorrido.

Agravo e Despacho em Agravo

Contra o despacho acima relatado a contribuinte apresentou agravo no tangente à parte que inadmitiu o Recurso Especial em relação ao tema 1. Sobreveio Despacho em Agravo (fls. 2.063/2.073) que acolheu parcialmente o agravo para dar seguimento ao

Recurso Especial em relação ao Tema 1 mas apenas em relação ao acórdão paradigma n. 101-94.008.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

Conhecimento

No tangente aos temas 2 à 4, adoto as razões do Presidente da Câmara para conhecimento do Recurso Especial da contribuinte.

Em relação ao item 1 que refere-se à formação do ágio e aplicação do art. 22 da Lei n. 9.249/95, cujo conhecimento fora inadmitido num primeiro momento para em posterior análise de agravo apresentado pelo contribuinte, ser admitido em relação a apenas um dos paradigmas apresentado, cabem algumas observações.

O despacho agravado entendeu inexistir divergência entre o acórdão recorrido e os paradigmáticos (acórdãos n. 1301-001.302 e 101-94.008), vez que todos haviam concluído no sentido de que a legislação permite, a teor do caput do art. 22 da Lei nº 9.249/95 que o bem ou direito, que será entregue ao acionista, possa ser avaliado pelo valor contábil ou de mercado.

Alegou a Recorrente em seu agravo que a questão em discussão não se limita à forma de avaliação do ativo recebido em troca da participação cancelada (valor contábil ou de mercado) como analisou o despacho agravado.

Didaticamente, demonstrou a Recorrente que os acórdãos paradigmas fixaram entendimento de que o custo contábil de que trata o artigo 22 da Lei 9.249/95 é aquele custo detido pelo sócio ou acionista, ao passo que o acórdão recorrido entendeu que o custo contábil deveria corresponder ao valor do próprio patrimônio líquido da Call. É aí que residiria a divergência que refere-se à aplicação do dispositivo no que tange sobre o registro pelo sócio ou acionista pessoa jurídica dos bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital social.

Cabe aqui transcrever o dispositivo legal em discussão (art. 22 da Lei n. 9.249/95):

Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

§ 1º No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos

entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido devidos pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado.

§ 2º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa jurídica, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão registrados pelo valor contábil da participação ou pelo valor de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital.

§ 3º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa física, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão informados, na declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do respectivo anobase, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica.

§ 4º A diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens, no caso de pessoa física, ou o valor contábil, no caso de pessoa jurídica, não será computada, pelo titular, sócio ou acionista, na base de cálculo do imposto de renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido.

Primeiramente, cabe destacar trecho do acórdão recorrido:

Ou seja, a legislação permite, a teor do caput do art. 22, acima transcrito, que o bem ou direito que será entregue ao acionista possa ser avaliado pelo valor contábil. À vista das próprias informações prestadas pelo contribuinte, o valor contábil das quotas da Belocal seriam de aproximadamente R\$ 114 milhões (valor da CALL antes da subscrição de ações e integralização de capital pela LDB).

No entanto, o disposto no § 2º, do art. 22, também acima transcrito, não diz que a acionista pessoa jurídica registrará os bens ou direitos pelo valor contábil destes, mas pelo valor contábil de sua participação. Em outras palavras, a participação da LDB na CALL, antes do resgate das ações, era de R\$ 281 milhões, segundo números apresentados pela própria Recorrente.

Como recebeu um bem avaliado por valor contábil de R\$ 114 milhões e sua participação era de R\$ 281 milhões, não se vislumbra ágio, mas deságio na operação.

Destaco aqui trecho do despacho em agravo que bem resume o entendimento do acórdão recorrido:

Para o acórdão recorrido, portanto, não há dúvidas quanto à aplicabilidade do caput do art. 22, nem quanto ao fato de que a operação ali examinada se deu a valor contábil (não a valor de mercado). Ao aplicar o parágrafo segundo, conforme trechos acima grifados, o acórdão recorrido considerou que o acionista

(LDB) deveria registrar o bem recebido (a participação societária na Belocal) pelo valor de PL de R\$ 114 milhões. Esse valor, confrontado com o valor da participação na Call anteriormente registrado (R\$ 281 milhões) conduziria, ainda no entender do acórdão recorrido, à perda ou deságio referidos no voto acima transcrito.

Quanto ao primeiro paradigma (acórdão n. 1301-001.302 - fls 1682 e seg.), por tratar de acionistas pessoas físicas, restaria em discussão o parágrafo 3º do dispositivo legal em questão, diferentemente do caso em tela, objeto de análise do acórdão recorrido, que trata de acionistas pessoas jurídicas o que chama à análise o parágrafo 2º do art. 22 da Lei n. 9.249/95.

Diferente é o segundo paradigma apresentado (acórdão n. 101-94.008 - fls. 1708 e segs.) que restou assim ementado:

I. R. P. J. — CUSTO CONTÁBIL. — O custo contábil de um bem para efeito de devolução do capital decorre da opção efetuada pela pessoa jurídica que estiver devolvendo o capital, e se materializa pelo valor adotado no procedimento contábil da baixa, não sendo influenciado pelo valor que o acionista titular da participação extinta vier a adotar, devendo este atentar para o valor que o alienante registrar e não o inverso.

I. R. P. J. -.VALOR CONTÁBIL DOS BENS E VALOR CONTÁBIL DA PARTICIPAÇÃO NÃO SE CONFUNDEM. — Em face do estabelecido no art. 22, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, o valor contábil dos bens e o valor contábil da participação são inconfundíveis, pois no § 1º se menciona “valor contábil dos bens ou direitos entregues”, e no § 2º, se refere a “valor contábil da participação”.

A leitura da ementa permite identificar que a decisão refere-se à aplicação do art. 22 da Lei nº 9.249/1995, em operação de devolução de participação societária a sócio ou acionista mediante a entrega de bens ou direitos. Ao analisar a situação fática deste paradigma, verifica-se tratar-se de acionista pessoa jurídica, o que demanda a aplicação do § 2º do art. 22 da Lei n. 9.249/95, que é a mesma situação em análise nos presente autos.

Assim, concordo com a conclusão do despacho em agravo que deu seguimento à presente matéria em recurso especial no tangente ao acórdão n. 101-94.008, vez que presente a divergência jurisprudencial.

Portanto, o Recurso Especial merece ser conhecido em relação aos temas 1 à 4 suscitados.

Quanto ao tema 5 que refere-se à impossibilidade de cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício, temos que o assunto já encontra-se devidamente sumulado neste Conselho:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Assim, não conheço do Recurso em relação ao tema 5.

Mérito

Para melhor entendimento da análise de mérito do presente recurso, passo a fazer a análise em capítulos dedicados a cada um dos temas suscitados.

Tema 1 - Formação do ágio e aplicação do artigo 22 da Lei n. 9.249/95

A análise do presente tópico depende exclusivamente da correta interpretação do art. 22 e parágrafos da Lei n. 9.249/95 acima transcrito.

Informa a Recorrente que após ter investido R\$ 447.555.000,00 na CALL com o único propósito de adquirir a totalidade do capital da BELOCAL, houve o resgate de ações detida pela LDB na CALL. Em contrapartida ao resgate de ações de sua emissão, a CALL entregou, a valor contábil, a totalidade de seu investimento na BELOCAL à LDB.

Pois bem, uma vez resumida a operação perpetrada, cabe aqui analisar a conformidade da operação com o art. 22 e parágrafos da Lei n. 9.249/95, em especial o disposto no § 2º da norma ora em análise, que aqui transcrevo novamente para melhor leitura:

§ 2º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa jurídica, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão registrados pelo valor contábil da participação ou pelo valor de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital.

Devemos fazer a seguinte correlação entre a norma em análise e o fato concreto: quando uma pessoa jurídica, neste caso a LDB receber um bem ou direito, que são as quotas da ora Recorrente, em devolução de sua participação no capital de uma terceira sociedade que no presente caso é representada pela CALL, este bem ou direito recebido deverá ser registrado: i-) pelo mesmo valor contábil da participação societária (participação na CALL) - se a pessoa jurídica que estiver reduzindo o seu capital social (CALL) tiver avaliado esse bem ou direito (quotas da Recorrente) pelo seu valor contábil; ou ii-) pelo valor de mercado do bem ou direito (quotas da Recorrente) - se a pessoa jurídica que estiver reduzindo o seu capital social (CALL) tiver avaliado esse bem ou direito pelo seu valor de mercado.

Neste tópico, alinho-me com o quanto decidido no acórdão paradigma n. 101-94.008. Vejamos aqui trecho do acórdão:

"A parte final do § 2º do artigo 22 da Lei n. 9.249/95 ("conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital" colocou um ponto final nesta discussão, deixando claro que a pessoa jurídica que estiver entregando o bem ou direito poderá optar por avaliar o referido bem ou direito a valor de mercado ou contábil.

Em síntese, esse dispositivo liberou a opção para a devolução de capital mediante a entrega de bens aos sócios pelo valor de mercado desses bens ou pelos respectivos valores contábeis existentes na escrituração da pessoa jurídica que procede à devolução e somente no caso da opção pelo valor de mercado, é que a mais valia entre o valor contábil na pessoa jurídica que está devolvendo capital e o valor de mercado é tributável nessa própria pessoa jurídica, em face do previsto no art. 22, § 1º(...)

Em suma, o que se dá na hipótese de a pessoa jurídica que devolve capital adotar a opção pelo valor contábil é a comunicação desta opção para as pessoas físicas e jurídicas que recebem a devolução, mas comunicação não altera os valores contábeis existentes nos registros contábeis e fiscais dos seus sócios ou acionistas."

Assim, entendo procedente o Recurso Especial da Recorrente neste tópico.

Tema 2 - Utilização de Empresa Veículo

Segundo a Recorrente, a Cananga não era uma mera empresa veículo sem qualquer função ou substância econômica.

A empresa Cananga era sociedade com existência superior a 01 ano da data dos eventos ora em discussão e integrante do Grupo Lhoist. Demonstra ainda a Recorrente que a Canaga possuía outras operações sem qualquer relação com as aquisições objeto do presente processo administrativo. Destaca a contribuinte a aquisição de direitos minerários da Extramil.

O aumento de capital na Cananga serviu como instrumento legítimo do grupo Lhoist para manter segregadas as operações da Lhoist e da ora Recorrente, bem como, manter estrutura societária simplificada no Brasil e, por fim, cumprir os requisitos legais que permitissem a amortização do ágio gerado na aquisição que fora efetuada junto ao Grupo Votorantim, segundo a Recorrente.

Da leitura dos autos, me parece, de fato, que a empresa Cananga cumpria outros papéis dentro do Grupo além de somente servir de instrumento de viabilização da dedução do ágio.

A Cananga desempenhou uma clara função no grupo no sentido de permitir a segregação das atividades do Grupo Lhoist e da ora Recorrente. A meu ver isso demonstra um legítimo propósito comercial na utilização da Canaga, vez que não é somente interessante mas

também necessária a segregação de operações dentro de um mesmo grupo, quando presentes atividades e interessados distintos.

Contudo, na análise do presente tópico, devemos ir além das questões fáticas do presente caso. Isso porque, a utilização da chamada empresa veículo pelo contribuinte tem sido invocada pelo Fisco como condição para invalidar o negócio jurídico ou conjunto de negócios jurídicos que culminaram na dedução do ágio pago.

Pois bem, a "empresa veículo" é a sociedade Cananga, que segundo o Fisco foi utilizada pelo contribuinte com o objetivo único de possibilitar o aproveitamento do ágio.

É importante destacar que o fato do contribuinte se utilizar de uma empresa veículo para a perfectibilização da operação não é suficiente, por si só, para invalidar o negócio jurídico, especialmente, como se verá mais adiante, se restar demonstrada a existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levassem ao mesmo resultado.

Este racional já encontra amparo no CARF, conforme os julgados aqui destacados:

"AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

(Acórdão 1102-000.982 - 1º Câmara / 2º Turma Ordinária - Sessão de 04/12/2013 - Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

Aliás, temos diversos precedentes da 1º Turma da 2º Câmara, dentre os quais destaco o Acórdão n. 1201-001.501 de relatoria do presente relator:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

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

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

Mais um exemplo do entendimento deste Conselho a respeito do tema empresa veículo pode ser encontrado no acórdão 1201-001.554 de 14/02/2017 de relatoria do presente relator:

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

Destaco aqui também, trecho do voto do brilhante Conselheiro Marcelo Cuba Netto no já mencionado acórdão n. 1201-001.267:

"(...)

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação."

Me parece cada vez mais pacificado o entendimento de que a utilização de uma empresa veículo para aquisição de outras empresas, de grupo econômico distinto, não revela qualquer vício, ilegalidade ou abuso em si.

De qualquer forma, no caso em tela, temos que a utilização de empresa veículo pelo Recorrente, neste caso, a empresa Cananga, decorreu claramente de uma decisão de negócios, não somente da Recorrente, mas também do Grupo Lhoist.

Assim, me parece frágil o argumento de que a existência de uma "*conduit company*" na operação teria maculado a operação a ponto de inviabilizar a dedução do ágio, sendo procedentes os argumentos da Recorrente neste tópico.

Tema 3 - Laudo de Avaliação

Sustenta a Recorrente ser equivocado o acórdão recorrido que concluiu que o laudo de avaliação emitido em versão final pela KPMG teria ocorrido somente após a conclusão da aquisição avaliada e que os estudos internos apresentados nos autos não poderia ser aceitos por terem sido elaborados em outro idioma.

Em relação à data do laudo de avaliação da KPMG que veio confirmar os estudos internos elaborados pelo Grupo Lhoist, destaca a Recorrente que desde o início alega ter trazido aos autos, documentos suficientes que demonstram a contemporaneidade do laudo.

Pois bem, em documento de fls 1201 e seguintes, encontra-se o mencionado laudo da KPMG.

Na parte de introdução e objetivo do trabalho da KPMG, encontra-se o seguinte texto:

"1.1 De acordo com nossa proposta de 16 de agosto de 2004, efetuamos a avaliação econômico-financeira dos negócios relativos à produção e comercialização de cal de propriedade da Mineração Belocal Ltda. ("Belocal" ou "Empresa") com base nas posições patrimoniais da empresa em 31 de agosto de 2004 consoante à seguinte transação."

Já na parte dispositiva deste mesmo relatório, temos o seguinte apontamento:

"7.1 Com base nas premissas e na metodologia utilizada, a estimativa de valor da Belocal em 31 de agosto de 2004 é de R\$ 462.515 mil, superior ao valor efetivamente pago de R\$ 447.555 mil, conforme o Acordo para Compra de Ações, fundamentando, portanto, o ágio pago na aquisição da Empresa."

Vemos que, não obstante o laudo tenha sido posteriormente, resta claro que o trabalho da KPMG se desenvolveu a partir de agosto de 2004, ou seja, de forma contemporânea aos eventos que deram origem ao ágio.

Por óbvio, um trabalho de tal grandeza não é iniciado e finalizado no mesmo dia ou na mesma semana. São diversos levantamentos, estudos, discussões e debates sobre versões "draft" até que se chega à uma versão final.

Me parece muito frágil o argumento do fisco no sentido de que o fato do laudo ter sido emitido em versão final alguns meses depois, invalidaria tal trabalho para fins de demonstração da rentabilidade futura que deu origem ao ágio.

Ora, a fiscalização alega a extemporaneidade do laudo de avaliação apresentado para comprovar o fundamento econômico que justificasse o ágio. Contudo, entendo que deve-se principiar a discussão com o fato de que à época da operação de incorporação não havia qualquer disposição legal que exigisse laudo formal de avaliação, confeccionado por perito independente e com finalidade específica direcionada à instrumentalização do ágio.

Havia, tão somente, a necessidade de existência de um demonstrativo para comprovar a escrituração do ágio, apurado com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura.

Veja, o demonstrativo acerca da rentabilidade futura seria suficiente para justificar e demonstrar o fundamento econômico e base para escrituração contábil do ágio em discussão.

Aliás, nos presentes autos, podemos encontrar o estudo interno de fls. 1.887/1.900, que ainda que tenha sido elaborado em inglês, traz um claro demonstrativo das expectativas de geração de rentabilidade futura. Se o idioma inglês é uma barreira intransponível para entendimento do documento, uma simples tradução resolveria a questão, sendo incabível a simples desconsideração do documento como elemento de prova para demonstração da rentabilidade futura.

De qualquer forma, entendo aqui essencial a aplicação do princípio da estrita legalidade tributária para afirmar que, inexistindo previsão legal expressa, torna-se impossível exigir qualquer formalidade quanto ao demonstrativo necessário para servir de base ao lançamento contábil do ágio.

Ademais, há jurisprudência do CARF que converge com o raciocínio até então formulado:

ÁGIO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES DA PARTIMAG E DA MAGNESITA.

A legislação fiscal não impõe forma ao demonstrativo de que trata o § 3º do art. 20 do DL 1598/77, logo, se os autuantes não questionaram a substância econômica do demonstrativo apresentado pelo fiscalizado, há que aceitá-lo para a fundamentação e fixação do ágio pago nas aquisições das ações.

(Acórdão nº 1302001.465 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 30 de Julho de 2014)

*ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO
CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.*

A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.

Contudo, não é possível se admitir que laudo elaborado mais de um ano após os fatos, sem qualquer suporte em documentos contemporâneos à aquisição de terceiros, sirva para fundamentar o ágio em uma das modalidades que permitam o benefício fiscal.

(Acórdão nº 1102-001-182 – 1ª Câmara/2ª Turma Ordinária - Sessão de 27 de agosto de 2014)

*ÁGIO. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO QUE JUSTIFIQUE A AQUISIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA PARA FUNDAMENTAR O ÁGIO COM BASE NA RENTABILIDADE FUTURA. ÔNUS DO SUJEITO PASSIVO. LAUDO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. A demonstração do fundamento econômico da mais valia paga deve ser contemporânea ao reconhecimento do ágio na escrita contábil do contribuinte. **Embora a legislação não estabeleça a forma dessa demonstração,** o corolário é que esta deva existir ao menos na data do registro da aquisição da participação societária, com vistas ao seu desdobramento contábil. Trata-se de requisito legal indispensável, à cargo do sujeito passivo para fruição do benefício fiscal estabelecido. Não tem o Fisco que demonstrar qual seria o “outro fundamento econômico” para o ágio pago, mas sim ao contribuinte comprovar, mediante documentação hábil e idônea, que pagou o ágio baseado na rentabilidade futura projetada para o investimento.*

Cabe aqui ressaltar que a fiscalização não questionou o conteúdo deste laudo, não apontando qualquer falha técnica que dissesse respeito ao mérito e as conclusões ali expostas.

Assim, cabe adentrar nas questões formais, novamente, para esclarecer que além de não haver previsão legal para a confecção de laudo técnico, inexistia à época da formação do ágio, qualquer dispositivo no pátrio ordenamento jurídico que determinasse algum prazo para apresentação deste demonstrativo.

Atualmente vigora a Lei nº 12.973/2014, que dispõe em seu art. 20, § 3º, sobre a exigência de um laudo elaborado por perito independente, no entanto, se referindo a comprovação da “*mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos*

ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput” (inciso II) e de forma alguma fazendo menção à comprovação do ágio (no presente artigo elencado no inciso III).

Desta forma o prazo que estipula referido artigo, do “(...) *último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.*” para apresentação do laudo, não se aplica à apresentação de demonstrativo que comprove o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Neste contexto se torna desnecessária a menção e aplicação do princípio da retroatividade benéfica, uma vez que a lei presente não abrange e nem norteia especificamente o caso concreto que ocorreu no passado.

Trata-se o presente caso de um demonstrativo apresentado para comprovar o ágio por expectativa de rentabilidade futura e a Lei nº 12.973/2014 define um prazo para apresentação de laudo técnico que convalide a mais-valia relativa aos bens do ativo da empresa incorporada.

Desta forma, falecendo qualquer possibilidade de extemporaneidade e restando demonstrado que o trabalho apresentado pela KPMG se mostrou apto em termos técnicos, ou seja capaz de demonstrar a expectativa de rentabilidade futuro, restou devidamente comprovada a existência do elemento econômico que fundamentou o pagamento o ágio.

Cabe lembrar, a legislação vigente à época das operações não disciplinou de forma expressa a forma de apresentação da demonstração, assim, ao referir-se à expressão "demonstração", sem qualquer complemento, especificação ou requisito adicional, o legislador permitiu que os contribuintes viessem a demonstrar o fundamento econômico do laudo por meio de qualquer instrumento ou documento, que poderia ser um laudo "stricto sensu" elaborado por auditores independentes, um estudo interno ou uma simples apresentação em slides.

Digo isso, pois, tal constatação mostra que a discussão acerca da extemporaneidade do laudo é de toda inócua.

Superando a questão, segue passagem do acórdão nº 1101-000.899 (Sessão de 11/06/2013):

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

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

(...) Desnecessário, assim, seria debater a qualidade do laudo que dá fundamento ao ágio amortizado. De toda sorte, registro que os argumentos adotados pela Fiscalização não são

suficientes para desqualificá-lo. Isto porque a exigência legal é no sentido de que a contribuinte mantenha comprovante de escrituração que demonstre o fundamento do ágio pago. Este comprovante deve expressar razões que justifiquem a aquisição, mas não precisa ser, necessariamente, elaborado antes ou concomitantemente com a operação.

A contribuinte pode possuir, apenas, estudo interno que lhe demonstre a rentabilidade futura, e depois buscar laudo técnico que o corrobore, desde que este não se valha de premissas impraticáveis no passado. E, no presente caso, o laudo apresentado pela contribuinte toma por referência o faturamento da empresa adquirida contemporâneo à aquisição, e aponta o retorno dos investimentos suplementares em 2,9 anos (35 meses) (fl. 302). Ou seja, se considerada a rentabilidade futura pelo prazo de 5 anos, seria possível um pagamento maior que o efetuado.

A Recorrente, desde a apresentação de impugnação, apresentou a avaliação que fora contratada em agosto de 2004, a qual fora refutada pelo v. acórdão recorrido como não apta a comprovar a rentabilidade futura, especificamente diante da alegação de extemporaneidade.

Ora, o ágio prevê uma expectativa, de modo que se essa expectativa se concretiza ou não, não há grandes diferenças, pois ele só evita uma bitributação sobre o lucro.

Devemos nos direcionar neste raciocínio por duas possíveis fontes de tributação: por um lado, o investimento realizado que concretiza a expectativa, veiculada por meio do laudo de avaliação; e, por outro lado, o lucro efetivamente apurado nos anos/meses subsequentes, anteriormente previstos.

A fonte real de tributação será o lucro obtido, como já dito, a forma que representa de fato a disponibilidade jurídica e econômica. A fonte que é barrada e mitigada, por consequência, diante do mecanismo criado (a amortização), é expectativa de rentabilidade futura e o ágio formado.

Desta forma, temos que o conjunto probatório apresentado pelo recorrente é capaz de fundamentar devidamente o ágio, através da expectativa de rentabilidade futura.

Tema 4 - Impossibilidade de cobrança simultânea de multa de ofício e multa isolada

Início a análise deste tema destacando que, se por um lado, o texto da Súmula CARF nº 105 deixa claro que trata-se apenas da cobrança concomitante de multa isolada e multa de ofício lançada na vigência do artigo 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96 antes das alterações trazidas pela MP nº 351/07, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/07, por outro lado enxergo que ser possível e correta a aplicação do mesmo racional para lançamentos posteriores à alteração legal acima mencionada.

Isso porque, ao entender do presente Conselheiro, as alterações trazidas pela MP n. 351/07 não alteraram o vício antes existente relacionado ao Princípio da Consunção que veda a cumulação de penalidade sobre um mesmo ato ou fato.

O suposto divisor de águas considerado pela Súmula CARF n. 105 que é a edição da MP n. 351/07 não trouxe qualquer alteração que pudesse sanar o vício antes existente, limitando-se à simples alteração de alíquota da multa, conforme se percebe da leitura da Exposição de Motivos da MP n. 351/07, in verbis:

A alteração do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, efetuada pelo art. 14 do Projeto tem o objetivo de reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física ou pela pessoa jurídica a título de estimativa, bem como retira a hipótese de incidência da multa de ofício no caso de pagamento do tributo após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa de mora.

Não houve alteração do racional para aplicação da multa isolada, tão somente do percentual aplicado que passou a ser 50%, assim, o racional que conduziu os julgados que culminaram na edição da Súmula CARF n. 105 pode ser aplicado aos lançamentos efetuados já sob a vigência da MP n. 351/07.

Ora, o recolhimento de estimativas mensais do IRPJ/CSLL configura verdadeira obrigação tributária de antecipação do imposto. Por óbvio, se tal obrigação (de antecipar) não for cumprida, a penalidade deve ser aplicada, sem dúvida. Contudo, quando o contribuinte não recolhe o tributo, antecipadamente ou não, e sofre uma autuação com aplicação da multa de ofício, perde razão a aplicação da multa isolada, vez que a multa de ofício já penaliza o contribuinte pela falta de pagamento.

Vejam, é indubitável que estamos falando dos mesmos recursos, do mesmo dinheiro, do mesmo caixa que não entrou nos cofres públicos no prazo adequado (legal) e por isso sofreu penalização.

Tanto isso é verdade que para regulação da situação, o contribuinte paga somente uma vez o tributo e não duas vezes. Portanto, se a obrigação é uma só, impossível a aplicação de duas penalidades.

Não há espaço para dúvidas quanto ao fato que o recolhimento das estimativas é parte integrante da obrigação de recolher o IRPJ/CSLL devido ao final do período de apuração. Não se trata aqui de obrigação acessória ou autônoma que pudesse merecer penalização própria.

Encontro aqui apoio nas lições do Prof. Marco Aurélio Greco (Revista Dialética de Direito Tributário n. 76, 2002, p. 148) a este respeito:

"Mensalmente, o que se dá é apenas o pagamento por imposto determinado sobre base de cálculo estimada (ar. 2º, caput), mas a materialidade tributada é o lucro real apurado em 31 de dezembro de cada ano (§ 3º, do art. 2º). Portanto, imposto e

contribuição verdadeiramente devidos, são apenas aqueles apurados ao final do ano. O recolhimento mensal não resulta de outro fato gerador distinto do relativo ao período de apuração anual; ao contrário, corresponde a mera antecipação provisória de um recolhimento, em contemplação de um fato gerador e uma base de cálculo positiva que se estima venha ou possa vir a ocorrer no final do período. Tanto é provisória e em contemplação de vento futuro que se reputa em formação - e que dele não pode se distanciar - que, mesmo durante o período de apuração, o contribuinte pode suspender o recolhimento se o valor acumulado pago exceder o valor calculado com base no lucro real do período em curso (art. 35 da Lei n. 8.981/95)"

Uma vez entendido que as antecipações e o pagamento do tributo devido apurado ao final do período são obrigações tributária que claramente incidem sobre a mesma base, inafastável a aplicação do Princípio da Consunção.

Como bem destacou a Conselheira Cristiane Silva Costa em seu recentíssimo voto no acórdão n. 9101-004.010, STJ já se posicionou no sentido de entender indevida a aplicação da multa isolada quando já imposta multa de ofício (RESP 1.496.354):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.

1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de cumulação das multas dos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/96 no caso de ausência do recolhimento do tributo.

2. Alegação genérica de violação do art. 535 do CPC. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

3. A multa de ofício do inciso I do art. 44 da Lei n. 9.430/96 aplica-se aos casos de "totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata".

4. A multa na forma do inciso II é cobrada isoladamente sobre o valor do pagamento mensal: "a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007) e b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei n. 11.488, de 2007)".

5. As multas isoladas limitam-se aos casos em que não possam ser exigidas concomitantemente com o valor total do tributo devido.

6. No caso, a exigência isolada da multa (inciso II) é absorvida pela multa de ofício (inciso I). A infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade. Princípio da consunção. Recurso especial improvido.

Desta sorte, entendo como procedentes os argumentos da Contribuinte no sentido de ser vedada a cobrança concomitante da multa isolada e multa de ofício.

Assim, não merecem guarida as alegações da Recorrente em relação a este tópico.

Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO EM PARTE do RECURSO ESPECIAL para no MÉRITO DAR-LHE PROVIMENTO NA PARTE CONHECIDA quanto aos temas 1, 2, 3 e 4.

É como voto!

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator designado.

Não obstante o substancial voto do I. relator, peço vênias para divergir sobre o mérito, para as matérias denominadas: Tema 1 - Formação do ágio e aplicação do artigo 22 da Lei n. 9.249/95; Tema 2 - Utilização de Empresa Veículo e Tema 4 - Impossibilidade de cobrança simultânea de multa de ofício e multa isolada.

Vale esclarecer que, em razão do desprovimento das matérias Tema 1 e Tema 2, a apreciação da matéria Tema 3 - Laudo de Avaliação restou prejudicada. Isso porque, nas matérias Tema 1 e Tema 2, será afastada a hipótese de incidência da despesa de amortização de ágio, ou seja, a materialidade da despesa se mostrará inexistente. Assim sendo, fulminado o ágio na sua substância (vez que na operação não se concretizou o ágio, e sim o deságio, e, ainda que se admitisse a formação de um ágio, não teria se concretizado a comunicação entre o investidor e a investida, em razão da existência de empresa veículo), resta prejudicada apreciação de requisito de ordem formal, sobre a extemporaneidade do laudo de avaliação.

Passo a apreciar o mérito.

A) Tema 1 - Formação do ágio e aplicação do artigo 22 da Lei n. 9.249/95

Os presentes autos tratam de reorganizações societárias, tratando da alienação do investimento BELOCAL (Contribuinte) do GRUPO VOTORANTIM para a LHOIST, no qual:

- a BELOCAL (Contribuinte), investimento objeto das transações, primeiro, foi objeto de aumento de capital social, passando de R\$100 mil para R\$115 milhões;

- a controladora direta da BELOCAL, a CALL, emite 100 novas ações ordinárias que foram subscritas e integralizadas pela LHOIST (LDB) pelo valor de R\$447 milhões (foi apresentado estudo no qual se estimou o valor da BELOCAL no ordem de R\$462 milhões). A CALL registrou ágio de R\$332 milhões.

- ocorre resgate pela CALL das 100 ações emitidas e subscritas pela LHOIST. Em pagamento, a CALL transfere para a LHOIST a totalidade das quotas da BELOCAL.

- a LHOIST contabiliza no seu ativo o ágio de R\$332 milhões;

- a LHOIST adquire controle da empresa CANANGA por R\$100,00;

- a LHOIST aumenta o capital social da CANANGA integralizando as quotas da BELOCAL.

- a BELOCAL incorpora a CANANGA e passa a aproveitar a despesa de amortização de ágio, por entender concretizada a hipótese prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Discorreu a BELOCAL que, quando houve resgate pela CALL das 100 ações emitidas, teria ocorrido devolução do capital social, tendo a LHOIST se enquadrado na condição de sócia retirante prevista no art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995.

Assim, tendo a transação efetuada pelo "valor contábil" dos bens ou direitos entregues, foi efetuada contabilização do ativo BELOCAL pelo valor contábil de R\$115 milhões, além do ágio de investimento de R\$332 milhões.

Posteriormente, quando a BELOCAL incorporou a CANANGA, consumou-se o permissivo legal para amortização da despesa de ágio.

Por sua vez, o entendimento foi contestado pela Fiscalização, pelos seguintes motivos autônomos:

- o resgate das ações pela CALL, no qual a LHOIST recebe em troca a totalidade das quotas da Belocal caracterizou-se como uma permuta e, como tal, com base no art. 533 do CC/02, deveria aplicar-se as disposições relativas à compra e venda, e o art. 426 do RIR/99, tendo a LHOIST apurado perda na alienação de investimento, que deveria ter sido levada à apuração do resultado do exercício, por força do art. 426 do Decreto 3.000/99, e não ter contabilizada como ágio, o que consiste na matéria do Tema 1.

- ainda que se pudesse em falar de existência de ágio, seu aproveitamento deu-se à margem da legislação, vez que houve ausência de finalidade negocial, com utilização de empresa veículo CANANGA, empresa de papel, artificial, de "prateleira" composta por funcionários de escritório de advocacia, com capital social de R\$100,00 (cem reais), adquirida exclusivamente com o propósito de fabricar despesa de amortização de ágio, razão pela qual seria indedutível nos termos do art. 299 do RIR/99, o que consiste na matéria do Tema 2.

Sobre o Tema 1, transcrevo as razões de decidir da decisão recorrida, com fulcro no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999¹, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que tratou com precisão e objetividade o assunto.

O próprio contribuinte, contextualizando as operações societárias realizadas em 2004, que geraram o ágio amortizado em 2008 e 2009, glosado pela fiscalização, esclareceu que o foco da operação societária era a venda da Belocal, ora Recorrente, pertencente ao Grupo Votorantim, através da holding CALL, para a Grupo Lhoist.

Para operacionalizar a compra e venda desejada, as partes realizaram um negócio indireto: a Lhoist do Brasil LDB subscreveu e integralizou ações emitidas pela holding CALL, que

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

detinha a integralidade das quotas da Recorrente e, um mês depois, saiu da sociedade, mediante o resgate da totalidade das ações da CALL detida pela LDB, mediante a entrega de 100% das quotas da Belocal, detidas pela CALL, para a LDB. Ou seja, ao final da operação societária, a CALL ficou com o dinheiro e a LDB com as quotas da Belocal. Em grandes números, a CALL tinha 100% das quotas da Belocal e um patrimônio líquido de R\$ 114 milhões; a CALL emite ações que representavam 50% da totalidade de suas ações, as quais são subscritas e integralizadas pela LDB com o aporte de R\$ 447 milhões. Ou seja, por metade do capital social da CALL – R\$ 281 milhões, a LDB desembolsou R\$ 447 milhões, o que significa um ágio de R\$ 166 milhões na subscrição de ações, em agosto/2004.

Em setembro/04, foi realizado o resgate da totalidade das ações detidas pela LDB na CALL e, pelo pagamento desse resgate, foi entregue para a LDB pela CALL a totalidade das quotas da Belocal, ora Recorrente, avaliadas a valor contábil, ou seja, R\$ 114 milhões.

Aqui, ao ver deste Julgador, há um equívoco na interpretação realizada pelo contribuinte em seu recurso voluntário: se a LDB possuía 50% das ações da CALL e o PL da CALL era de R\$ 562 milhões em setembro/04, significa que, por equivalência patrimonial, a LDB tinha um investimento de R\$ 281 milhões (por deter 50% das ações da CALL) e um ágio de R\$ 166 milhões registrado em sua contabilidade, uma vez que desembolsou o valor de R\$ 447 milhões por essas ações. Por outro lado, ao receber um bem, pelo valor contábil, no importe de R\$ 114 milhões, pelo resgate de ações de sua propriedade que, de acordo com o PL da CALL, valiam R\$ 281 milhões, há, de fato, uma perda por parte da LDB e não uma aquisição com ágio, como alega o contribuinte em seu recurso voluntário. Não há, ao pé da letra, uma simples troca de investimento, como quer fazer crer o contribuinte. Ainda que o objetivo tenha sido, de fato, a aquisição da Belocal quando do aporte de recursos pela LDB na CALL, fato é que se forem realizados os registros contábeis do passo a passo das operações societárias, o resultado final não é o apontado pelo contribuinte em seu recurso voluntário quanto ao suposto ágio.

Vejam os dispostos no art. 22, da Lei nº 9.249/95:

Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

§ 1º No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido devidos pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado.

§ 2º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa jurídica, os bens ou direitos recebidos em devolução **de sua participação no capital serão registrados pelo valor contábil da participação** ou pelo valor de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital.

§ 3º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa física, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão informados, na declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do respectivo ano-base, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica.

§ 4º A diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens, no caso de pessoa física, ou o valor contábil, no caso de pessoa jurídica, não será computada, pelo titular, sócio ou acionista, na base de cálculo do imposto de renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido. (grifei)

Ou seja, a legislação permite, a teor do caput do art. 22, acima transcrito, que o bem ou direito que será entregue ao acionista possa ser avaliado pelo valor contábil. À vista das próprias informações prestadas pelo contribuinte, o valor contábil das quotas da Belocal seriam de aproximadamente R\$ 114 milhões (valor da CALL antes da subscrição de ações e integralização de capital pela LDB). No entanto, o disposto no § 2º, do art. 22, também acima transcrito, não diz que a acionista pessoa jurídica registrará os bens ou direitos pelo valor contábil destes, mas pelo valor contábil de sua participação. Em outras palavras, a participação da LDB na CALL, antes do resgate das ações, era de R\$ 281 milhões, segundo números apresentados pela própria Recorrente.

Como recebeu um bem avaliado por valor contábil de R\$ 114 milhões e sua participação era de R\$ 281 milhões, não se vislumbra ágio, mas deságio na operação. Compulsando o parecer do i. Eliseu Martins, não se localizou qualquer menção ao art. 22, da Lei nº 9.249/95, acima transcrito, razão pela qual suas conclusões talvez tenham partido de situação fática diversa da apresentada pela fiscalização neste processo administrativo.

Assim, **inexistindo ágio a ser contabilizado**, não há que se falar em aproveitamento da despesa.

Dessa maneira, deve ser **negado provimento** em relação à matéria.

A apreciação do Tema 1 já seria suficiente para encerrar o litígio. Ora, se não se constitui o ágio, não há que se falar em possibilidade de utilização de empresa-veículo para amortizar o ágio, matéria do Tema 2.

Ainda assim, caso se admitisse a existência do ágio, e se passasse para a apreciação do Tema 2, o sobrepreço não poderia ser aproveitado.

É o que se constatará a seguir.

B) Tema 2 - Utilização de Empresa Veículo

Contesta-se a utilização da pessoa jurídica CANANGA, adquirida por R\$100,00, como um "veículo" no aproveitamento da despesa de amortização do ágio.

Propõe-se, inicialmente, a apresentar uma análise histórica e sistêmica sobre o assunto, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural². Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento. Contudo, mesmo com a nova redação, **remanesceu o mesmo núcleo da hipótese de incidência que autoriza o aproveitamento do sobrepreço do texto anterior**, tanto nos aspectos pessoal, material e temporal, que serão apreciados no decorrer do voto. Basta verificar que a redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência, não sofreram alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

Assim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e pelos arts. 7º e 8º da Lei nº

² IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).**

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de

determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

(...)

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

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

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

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

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

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença

como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão³.

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 1997⁴, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

II. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de

³ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁴ 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.

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 SCHOUER⁵ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁶ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou

⁵ SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

⁶ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em

contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99 ⁷.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

⁷ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

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

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

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

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

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

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

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica recebe tratamento diferenciado no sistema de tributação (com diferentes opções para apurar seus resultados) porque, essencialmente, tem um efeito **multiplicador** para a sociedade. A pessoa jurídica emprega pessoas, contrata fornecedores, movimentada a economia, multiplica os agentes de produção, e por isso dispõe de bases de cálculo e alíquotas diferentes das aplicadas para a pessoa física. Ora, as pessoas jurídicas devem fabricar produtos, e não despesas fictícias.

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: A **pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁸.

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*.

⁸ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa**

jurídica B, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato 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 o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI⁹, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam *a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.

⁹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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

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

Enfim, vale dizer que, não obstante a publicação da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, no qual o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, a nova redação não promoveu nenhuma alteração nos aspectos pessoal, material e temporal da norma que permite o aproveitamento da despesa de amortização do ágio. A redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, **precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência e os aspectos pessoal, material e temporal**, não sofreram qualquer natureza de alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

8. Consolidação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Transcrevo a segunda parte da operação no qual foi efetuada a construção societária visando o aproveitamento da despesa de ágio:

- a LHOIST contabiliza no seu ativo o ágio (BELOCAL) de R\$332 milhões;
- a LHOIST adquire controle da empresa CANANGA por R\$100,00;
- a LHOIST aumenta o capital social da CANANGA integralizando as quotas da BELOCAL.
- a BELOCAL incorpora a CANANGA e passa a aproveitar a despesa de amortização de ágio, por entender concretizada a hipótese prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

São os fatos.

Em síntese, o que se observa é uma construção societária visando, deliberadamente, a constituição de um ágio em um investimento, mediante utilização de uma empresa sem nenhuma substância, a CANANGA.

A artificialidade da CANANGA é descrita com clareza no Relatório Fiscal:

A fiscalização constatou, também, que a CANANGA foi utilizada como empresa, de prateleira, o que reforçou os indícios de ausência de finalidade negocial ou societária na operação.

O fato da constituição da CANANGA por duas empresas que tinham como sócios unicamente funcionários do escritório de advocacia que prestava serviços ao grupo LHOIST do Brasil, a sua inatividade por um ano inteiro é o perfil das alterações patrimoniais registradas por ela, ocorridas unicamente em operações relacionadas ao grupo LHOIST, mesmo antes do registro contábil da aquisição de seu controle, caracterizam a CANANGA como uma empresa de prateleira, controlada oficiosamente pelo grupo LHOIST a partir de 2003 e utilizada para operações internas do grupo, sem fundamento econômico que as justificasse.

Não havendo fundamento econômico para as operações, não há como admitir a amortização do ágio. A jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes (acórdão 103-23290, datado de 05/12/2007) confirma a impossibilidade de aproveitamento de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, quando este se incorpora ao patrimônio da empresa por meio de incorporação sem nenhuma finalidade negocial ou societária. (Grifei)

No caso em tela, não se constata o envolvimento direto entre o investidor e a investida. A operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item 8 do voto).

Quanto ao aspecto **peçoal**, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

A pessoa jurídica **investidora** seria o LHOIST, que teria adquirido o investimento (BELOCAL) com sobrepreço, **que efetivamente acreditou na mais valia e coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento** (vide item 7 presente tópico).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** seria a BELOCAL.

Ocorre que o evento de incorporação deu-se entre a BELOCAL e a CANAGA, ou seja, **sem a presença da real investidora**.

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Constata-se, com nitidez, **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do

presente tópico). É incontroverso que a reorganização societária envolvendo empresa artificial, adquira por R\$100,00, com quadro societário integrado por funcionários do escritório de advocacia que prestava serviços ao grupo LHOIST e com inatividade por um ano inteiro.

Dessa maneira, deve ser **negado provimento** em relação à matéria.

C) Tema 4 - Impossibilidade de cobrança simultânea de multa de ofício e multa isolada

A matéria devolvida consiste em analisar a possibilidade de imputação de multa isolada por insuficiência no recolhimento de estimativas mensais, quando é lavrado auto de infração com lançamento do valor principal de tributo acompanhado de multa de ofício.

A princípio, vale discorrer sobre o lucro real, um dos regimes de tributação existentes no sistema tributário, atualmente regido pela Lei nº 9.430, de 1996, aplicado a partir do ano-calendário de 1997:

Capítulo I

IMPOSTO DE RENDA - PESSOA JURÍDICA

Seção I

Apuração da Base de Cálculo

Período de Apuração Trimestral

*Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas **será determinado com base no lucro real**, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei. (grifei)*

No lucro real, pode-se optar pelo regime de apuração trimestral ou anual. Vale reforçar que é uma **opção** do contribuinte aderir ao regime anual ou trimestral.

E, no caso do regime anual, a lei é expressa ao dispor sobre a apuração de **estimativas mensais**. Transcrevo redação vigente à época dos fatos geradores objeto da autuação:

Lei nº 9.430, de 1996

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

.....

Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995

Art. 35. A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.

§ 1º Os balanços ou balancetes de que trata este artigo:

a) deverão ser levantados com observância das leis comerciais e fiscais e transcritos no livro Diário;

b) somente produzirão efeitos para determinação da parcela do Imposto de Renda e da contribuição social sobre o lucro devidos no decorrer do ano-calendário.

§ 2º Estão dispensadas do pagamento de que tratam os arts. 28 e 29 as pessoas jurídicas que, através de balanço ou balancetes mensais, demonstrem a existência de prejuízos fiscais apurados a partir do mês de janeiro do ano-calendário.

Observa-se, portanto, com base em lei, a obrigatoriedade de a contribuinte optante pelo regime de lucro real anual, apurar, mensalmente, imposto devido, a partir de base de cálculo estimada com base na receita bruta, ou por balanço ou balancete mensal, esta que, inclusive, prevê a suspensão ou redução do pagamento do imposto na hipótese em que o valor acumulado já pago excede o valor de imposto apurado ao final do mês.

Contudo, a hipótese de não pagamento de estimativa deve atender aos comandos legais, no sentido de que os balanços ou balancetes deverão ser levantados com **observância das leis comerciais e fiscais** e transcritos no livro Diário.

Trata-se de obrigação imposta ao contribuinte que optar pelo regime do lucro real anual. E o legislador, com o objetivo de tutelar a conduta legal, dispôs penalidade, **a multa isolada**, para o seu descumprimento. No caso, a prevista no art. 44 da mesma Lei nº 9.430, de 1996 (redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007):

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

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

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

(...)

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

A sanção imposta pelo sistema é claríssima: caso descumprido o pagamento da estimativa mensal, cabe imputação de multa isolada, sobre a totalidade (caso em que não se pagou nada a título de estimativa mensal) ou diferença entre o valor que deveria ter sido pago e o efetivamente pago, apurado a cada mês do ano-calendário.

A sanção tem base legal.

E expressamente dispõe que é cabível ainda que a pessoa jurídica **tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL**. Na mesma medida, não estabelece qualquer restrição para o lançamento da **multa isolada** após o encerramento do ano-calendário. Vale esclarecer que, no decorrer do ano-calendário, o lançamento fiscal que caberia seria o incidente sobre o **valor principal** da estimativa mensal. Por sua vez, aqui se fala sobre o lançamento de **multa isolada** incidente sobre o valor principal, no percentual de 50%. E, nesse caso, a legislação não deixa dúvidas sobre materialidade do lançamento.

Ainda, em se tratando de lançamento de multa, o prazo decadencial é o previsto no art. 173, inciso I do CTN. No caso concreto, o lançamento mais antigo é o de 31/01/2007. Assim, considerando-se termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, 01/01/2008, o prazo decadencial esgotou-se em 31/12/2013, não se havendo falar de decadência no caso concreto, vez que a ciência dos autos de infração deu-se em 13/12/2011.

E a nova redação dada pela MP nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de 22/01/2007 (o caso em debate), **afastou qualquer dúvida sobre a possibilidade de aplicação concomitante das multas de ofício e das multas isoladas por insuficiência de estimativa mensal**. As hipóteses de incidência que ensejam a imposição das penalidades da multa de ofício e da multa isolada em razão da falta de pagamento da estimativa são distintas, cada qual tratada em inciso próprio no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. Nesse contexto, não há que se falar na aplicação do disposto na Súmula nº 105 do CARF, que se aplica aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que foi alterada precisamente pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007.

Observa-se que os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, tratam de suportes fáticos distintos e autônomos, com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado **anualmente**, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário. Por sua vez, a multa isolada é apurada conforme balancetes elaborados **mês a mês** ou, ainda, mediante receita bruta acumulada **mensalmente**. Ou seja, são **materialidades independentes**, não havendo que se falar em concomitância.

Portanto, não há reparos ao procedimento adotado pela autoridade fiscal. Não há que se falar em concomitância nos lançamentos de multa isolada e multa de ofício.

Dessa maneira, deve ser **negado provimento** em relação à matéria.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ no presente voto, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

Processo nº 15504.723633/2011-57
Acórdão n.º **9101-004.115**

CSRF-T1
Fl. 2.132

Conclusão.

Diante do exposto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte.

(assinado digitalmente)
André Mendes de Moura