



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

Processo nº 15504.723708/2013-61
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-003.199 – 1ª Turma
Sessão de 7 de novembro de 2017
Matéria Ágio - Tempestividade do Laudo de Avaliação; Ágio - Empresa Veículo; Concomitância da Multa de Ofício com a Multa Isolada; e Incidência de Juros de Mora sobre Multa de Ofício
Recorrente MINERAÇÃO BELOCAL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. DEMONSTRAÇÃO DO VALOR ECONÔMICO-FINANCEIRO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM AQUISIÇÃO. EFETIVIDADE E CONTEMPORANEIDADE À AQUISIÇÃO.

A lei exige que o lançamento do ágio baseado na perspectiva de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. Embora não houvesse, à época dos fatos, a exigência de demonstração na forma de laudo, a produção e arquivamento de documentação que apresenta, de forma objetiva e precisa, a demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária em aquisição, a partir das perspectivas de rentabilidade futura da empresa, é ônus da adquirente e constitui requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio correspondente. Não basta estimá-lo de forma subjetiva, é preciso determiná-lo e demonstrá-lo, matematicamente, de forma precisa, e arquivar a respectiva documentação, tudo ao tempo em que é feita a aquisição, nunca *a posteriori*.

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da “confusão patrimonial” a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na “mais valia” do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a “confusão patrimonial”, advinda do processo de incorporação, não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2010, 2011

FALTA DE PAGAMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E DE CSLL. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

A partir do advento da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011

INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

Sobre o crédito tributário não pago no vencimento incidem juros de mora à taxa SELIC. Compõem o crédito tributário o tributo e a multa de ofício proporcional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, quanto (i) ao ágio, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento; quanto (ii) à concomitância da multa de ofício com a multa isolada, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa e Luís Flávio Neto, que lhe deram provimento; e quanto (iii) aos juros sobre a multa, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Fizeram sustentação oral a patrona do contribuinte, Dra. Luciana Rosanova Galhardo, OAB-109.717, escritório Pinheiro Neto Advogados e o representante da Fazenda Nacional, Dr. Marco Aurélio Zortea Marques.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio – Relatora

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente em exercício). Ausente, justificadamente, o conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Tratam-se de **Autos de Infração** (E-fls. 1231 ss.) cientificados à contribuinte em 12.07.2013 para a exigência de IRPJ e CSLL relativos aos anos calendário 2010 e 2011, juntamente com juros de mora, multa de ofício e isolada pela ausência de recolhimento de estimativas, diante do entendimento fiscal de indedutibilidade das despesas decorrentes da amortização do ágio, sob os argumentos de (i) sua inexistência; (ii) ausência de fundamentação econômica, uma vez que o laudo de avaliação teria sido produzido dois meses depois da celebração do contrato; (iii) falta de razão negocial, em face do uso de (iii.a) empresa veículo e (iii.b) empresa de prateleira; bem como (iv) não caracterização de despesa dedutível nos termos do artigo 299 do Decreto n. 3.000/99.

Para uma leitura mais detalhada e melhor compreensão dessas justificativas e das operações subjacentes, sob a ótica fazendária, remete-se ao **Relatório de Auditoria Fiscal** (E-fls. 1215ss.), assim sintetizado pela decisão da DRJ:

- *Durante o ano de 2004 houve diversas reestruturações societárias na Mineração Belocal e em suas controladoras. As empresas envolvidas são assim referidas: Calmit Industrial Ltda (Calmit), Companhia de Cimento Portland Itaú (CCPI), Call Itaú Participações Minas Gerais S/A (Call), Lhoist do Brasil Ltda (Lhoist), Cananga Participações Ltda (Cananga) e Mineração Belocal Ltda (Belocal).*
- *Em junho de 2004 (momento de criação da empresa), o controle da Belocal, cujo capital ainda estava inteiramente por ser integralizado, estava dividido entre a Calmit (20%) e a CCPI (80%), ambas do grupo Votorantim.*
- *Em 30.08.2004, a Calmit e a CCPI cedem suas quotas à Call, também pertencente ao grupo Votorantim, a qual as integraliza com a cessão dos créditos decorrentes do contrato de compra de ativos, no montante de R\$ 114.756.341,00. O capital social da Belocal passa de R\$100.000,00, para R\$*

114.856.341,00.

- Em 31.08.2004 a CCPI transfere sua única quota à Call, que passa a ser a única quotista.

- Em 31.08.2004 a Call emite 100 novas ações ordinárias, com direito a voto (correspondentes a 50% do capital social e a 100% do capital votante), subscritas e integralizadas em dinheiro pela Lhoist, no montante de R\$ 447.555.000,00. Desse montante, a Lhoist registrou R\$ 332.698.559,00 em conta representativa de ágio. A Call, em atendimento à cláusula 1.1 do Contrato de Investimentos e Outras Avenças, registra R\$ 332.698.559,00 a título de reserva de ágio. Nesse ato, a Lhoist passa a ser controladora direta da Call, que possuía o controle direto da Belocal. Assim a Lhoist passou a deter o controle indireto da Belocal.

- Em 30.09.2004, a Call resgata as cem ações subscritas em agosto pela Lhoist. Em pagamento, transfere a esta a totalidade das quotas da Belocal, conforme o Acordo de Desinvestimento e Outras Obrigações. A Call então passa a ser uma controlada integral do grupo Votorantim, enquanto a Belocal assume essa condição em relação à Lhoist.

Estranhamente, a Lhoist somente registra em sua contabilidade a aquisição das quotas da Belocal e a baixa de seu investimento em 01.11.2004.

- Paralelamente a esses fatos, o grupo Lhoist realizou alterações na Cananga, visando a sua posterior utilização nessa reorganização societária que tinha como objetivo um planejamento tributário indevido.

- A Cananga foi constituída em 22/12/2002, tendo em seu quadro societários empresas Gesellschaft Participações Ltda e Schaft Participações Ltda. O quadro societário dessas duas empresas era composto, exclusivamente, por pessoas que, à época, eram funcionários da empresa Pinheiro Neto Advogados. Tanto a Cananga quanto a Lhoist registram em sua contabilidade a prestação de serviços por essa empresa de advocacia.

- Em 23/08/2004 a Lhoist e Marcos de Azevedo Ferreira França, responsável legal por todas as empresas do grupo Lhoist, substituem a Gesellschaft e Schaft no quadro societário da Cananga.

- A relação entre a participação no quadro societário da Gesellschaft e da Schaft e o vínculo empregatício com a Pinheiro Neto Advogados, comum a todos seus sócios, fica ainda mais evidente quando se constata que, logo após o desligamento dos empregados Ayae Ikeda e Célia Vettore de Oliveira, ocorrido em 27/09/2001, eles deixaram também o quadro societário da Schaft e foram substituídos por outros funcionários da Pinheiro Neto Advogados.

- Apesar de não possuir, na época, nenhum ativo e contar com capital social de R\$100,00 (ainda não integralizado), em setembro de 2003 a Cananga obteve um empréstimo de 180.000 euros da empresa Participations et Investissements Mineraux, sediada em Luxemburgo, conforme relatório do Departamento de Capitais Estrangeiros e Câmbio do Banco Central.

Essa empresa, conforme página do Journal Officiel du Grand Duché de Luxembourg, tem como administrador Leon A. Lhoist, o qual faz parte do Conselho executivo do Grupo Lhoist.

- As únicas operações relevantes praticadas pela Cananga foram: a) a obtenção de empréstimo da empresa Participations et Investissements Mineraux, no valor de EUR 180.000; b) aquisição, em 2003, da Master Administração Técnica de Venda, dos direitos minerários da Extramil, que foram transferidos para a Lhoist do Brasil Ltda em 03/01/2004, por uma quantia muito semelhante ao valor daquele empréstimo; c) o pagamento dessa transferência de direitos, mediante o repasse de R\$ 512.252,50 (apesar de referir-se à liquidação de um

direito creditório, a Cananga estranhamente registra a operação como “Vr. Ref. a empréstimo”); d) em 27/08/2004, a aquisição do controle acionário da Cananga pela Lhoist, por R\$ 100,00; e) a liquidação do empréstimo concedido pela empresa luxemburguesa, em 30.09.2004 (no histórico do razão a operação é descrita como “Vr. Ref. a pagto do empréstimo Lhoist”, em vez de se referir à mutuante; os recursos para a liquidação advieram, em grande parte, do pagamento da transferência dos direito minerários da Extramil, feito pela Lhoist na mesma data).

- Em 17.12.2004, a Lhoist, já sendo a detentora do controle acionário da Belocal e da Cananga, aumenta o capital desta e o integraliza com as quotas daquela, de modo que ela passa a ser integralmente controlada pela Cananga. O capital da Cananga passa a R\$456.557.006,00.*
- O ágio de R\$ 332.698.559,00 é registrado a débito da conta 00082 – Ágios/Investimentos Mineração Belocal Ltda, tendo como descrição, na coluna histórico de seu livro razão “vr. Ref. a integralização de capital com Investimento na Mineração Belocal Ltda, parte ágio”, e, como contrapartida, o lançamento na conta capital realizado.*
- Em 31.12.2004 a Belocal incorpora a Cananga, voltando a ser uma controlada integral da Lhoist. Com a incorporação, o ágio que estava registrado na Cananga, relativo ao investimento na Belocal, foi lançado na escrituração da própria Belocal, a débito da conta “Ágio na Incorporação Cananga Participações” e partir de janeiro de 2005 passou a ser amortizado.*
- A investigação levada a efeito pela fiscalização, confirmou que esse ágio, amortizado pela Belocal, teve origem naquelas operações de reorganização societária, cuja finalidade era a obtenção de benefícios fiscais, mediante planejamento tributário indevido.*

Da inexistência de ágio a ser amortizado

- O ágio foi gerado pela Lhoist, por ocasião do resgate das cem ações da Call, quando recebeu, como pagamento, a totalidade das quotas da Belocal. Essas quotas da Belocal foram transferidas pela Lhoist para a Cananga, por ocasião do aumento de seu capital, juntamente com o ágio, que já estava reconhecido. Quando a Belocal, que era, então, controlada da Cananga, é incorporada por esta, recebe seu próprio ágio nessa operação.*
- A origem do ágio, no entanto, é indevida, pois a operação a que se refere o contrato pelo qual a Lhoist cede suas ações da Call e recebe em troca a totalidade das quotas da Belocal caracteriza-se como permuta. Conforme o artigo 533 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), às operações de permuta aplicam-se as disposições pertinentes à compra e venda. Assim, é aplicável ao caso o artigo 426 do RIR 1999.*

Logo, a operação de resgate representou uma perda na alienação de investimentos pela Lhoist (332.698.659,00), que deveria ser reconhecido no resultado do exercício correspondente, e não ser novamente contabilizada como ágio.

- A Cananga não pagou ágio na operação ocorrida em 17.12.2004 (fls. 78 a 89), pela qual houve a integralização de seu capital por parte da Lhoist. O custo de aquisição do investimento na Belocal foi de R\$456.464.249,18, de acordo com o previsto no artigo 20 do Decreto-lei 1.598, de 1977, e com os registros contábeis da Lhoist, nas contas 00585 (Mineração Belocal R\$ 114.856.441,00 e R\$8.909.249,18, referente à equivalência patrimonial) e 00596 (Ágio sobre Investimentos Mineração Belocal (R\$332.698.559,00 – fls. 348). O pagamento deu-se por meio da emissão de novas quotas da Cananga, no valor exato do*

investimento adquirido, de acordo com os registros contábeis da Lhoist.

- *Isso se comprova pelos lançamentos contábeis na conta Capital Social Realizado, da Cananga, quando é aumentado o capital de R\$ 100,00 para R\$456.464.349,18, em virtude da integralização em causa, e do Protocolo de Incorporação e Justificação, no qual é discriminado o montante e o valor de cada quota da Cananga. Sendo o custo de aquisição das quotas da Belocal pela Cananga idêntico ao valor de patrimônio líquido do investimento adquirido, nos registros da Lhoist, não houve também nessa operação o surgimento de ágio, como definido no artigo 385 do RIR 1999.*
- *Inexistindo ágio a ser contabilizado, não há valores relativos a sua amortização a serem deduzidos pela fiscalizada.*

Da inexistência de fundamentação econômica

- *Em 30.09.2004, em pagamento do resgate das cem ações da Call que havia adquirido trinta dias antes, a Lhoist recebe todas as quotas da Mineração Belocal, tornando-se sua controladora direta. No entanto, a empresa somente registra na contabilidade esse investimento (e também o ágio) em 01.11.2004.*
 - *De acordo com o art. 20 do Decreto-Lei 1.598/77, esse registro deveria ter sido feito no momento da aquisição do investimento, e é também, no momento do lançamento deveria ser comprovado o fundamento econômico do ágio.*
 - *O documento que, de acordo com o § 3º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, devia servir de base para o lançamento do ágio, foi elaborado mais de dois meses depois da data de celebração do contrato apresentado pela Lhoist. Portanto, esse documento não pode servir para o propósito desejado.*
 - *Talvez por esse motivo a Lhoist fez o lançamento contábil da aquisição do investimento somente em novembro. Tal procedimento mostra-se infrutífero, pois fere o princípio contábil da oportunidade, previsto no art. 6º da Resolução CFC nº 750, de 1993.*
 - *Desrespeita também o disposto no mesmo artigo 20 do Decreto-lei 1.578, de 1977, que prevê que o desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio na aquisição deverá ser feito no momento de aquisição da participação.*
 - *Da combinação do disposto no caput do artigo 20 (obrigatoriedade de, na ocasião da aquisição do investimento, desdobrar custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio), com o seu § 3º (necessidade de que o lançamento do ágio cujo fundamento seja a rentabilidade futura seja baseado em documento que o comprove), conclui-se que, tanto na data da celebração do contrato de investimento (31.08.2004), quanto na data da celebração do contrato de desinvestimento (30.09.2004), não havia a comprovação do fundamento econômico do ágio pago.*
 - *O Relatório de Avaliação Econômico-Financeira– Mineração Belocal Ltda foi elaborado com o único objetivo de adequar, extemporaneamente, o pagamento do ágio na aquisição do investimento, já ocorrido, à legislação tributária. Isto é expressamente afirmado nos seus itens 1.4, 1.5 e 1.6.*
 - *Conclui-se que o pagamento do ágio, ocorrido em 31.08.2004, não foi baseado em nenhum documento que comprovasse, no momento de sua ocorrência, sua fundamentação econômica.*
- Portanto, por não se enquadrar nas disposições do artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, ele não é amortizável.*

Da ausência de finalidade negocial

- *A Cananga, controladora da Belocal, que foi incorporada, é empresa veículo,*

cujo ágio não tem fundamento econômico, nos termos da alínea “a” do § 1º do art. 6º da Instrução CVM 319/99, com a redação dada pelo art. 1º da Instrução CVM 349/01.

- Ficou demonstrado que não havia propósito comercial nem societário em proceder à subscrição de participação societária em empresa pertencente ao mesmo grupo econômico que, em curto espaço de tempo, foi incorporada por sua controlada. A caracterização da Cananga como empresa veículo, utilizada com a única finalidade de carrear os ágios contabilizados, é evidente.*
- Os procedimentos previstos na Instrução CVM 349 foram adotados pela Belocal na contabilização do ágio e sua respectiva provisão. Portanto, se o disposto na Instrução CVM 349/01 é exclusivo para os casos em que houve a utilização de empresa veículo, como esclarece a CVM através do OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, e os procedimentos nela previstos foram adotados pela Belocal nos lançamentos contábeis relativos ao ágio e respectiva provisão, é inegável o papel de empresa veículo que a Cananga desempenhou.*

Da utilização de empresa de prateleira

- A Cananga foi utilizada como empresa de prateleira, o que reforçou os indícios de ausência de finalidade comercial ou societária na operação.*
- A 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 e o perfil das alterações patrimoniais registradas por ela, resultantes unicamente de 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 justifique.*
- 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 comercial ou societária.*

Da não caracterização de despesa dedutível

- Nos termos do art. 299 do RIR 1999, são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. A amortização de ágio realizada pela Belocal não é necessária à atividade da empresa, nem à manutenção da fonte produtora. Portanto, não é uma despesa dedutível. Por esse motivo, os valores referentes a essas amortizações foram adicionados ao lucro líquido apurado pela empresa, conforme determinado pelo artigo 249 do RIR 1999.*

Conclusão

- Como foi constatada a continuação da amortização indevida de ágios, nos anos calendário 2010 e 2011, procedeu-se à glosa desses valores, e o consequente lançamento dos créditos tributários respectivos.*
- São indevidas as despesas de amortização de ágio, uma vez que não foram satisfeitas as seguintes condições de dedutibilidade: a) demonstração do fundamento do ágio mediante documentação hábil e tempestiva; b) existência de*

substância econômica e propósito negocial nas operações de reorganização societária; c) independência entre si e possibilidade de livre negociação quanto a todas as pessoas jurídicas envolvidas na operação; d) ônus efetivo na aquisição do ágio para a pessoa jurídica que o registrar em sua contabilidade e cujo patrimônio for absorvido; e) reunião numa só pessoa jurídica do patrimônio que tiver sofrido o encargo do ágio e o patrimônio que presumivelmente gerará os lucros que justificaram o seu pagamento.

- *Em decorrência da glosa das despesas de amortização do ágio, os resultados mensais escriturados pelo contribuinte foram ajustados, ensejando o surgimento de estimativas devidas, e não recolhidas, de IRPJ e CSLL. Assim, nos termos da legislação em vigor, efetuou-se o lançamento da multa isolada, pela falta de pagamento dessas estimativas.*
- *Os valores informados em Dirf a título de IRRF foram deduzidos no auto de infração, tanto na apuração das estimativas como no ajuste anual.*
- *Conforme extratos dos sistemas da RFB, fls 1.152 a 1.162, no lançamento anterior todos os prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL foram exauridos, não havendo compensações a fazer.”*

A contribuinte apresentou **Impugnação** (E-fl. 1261 ss.), sustentando os seguintes pontos, novamente organizados pelo relatório da decisão da DRJ:

“(…)

Os fatos

- A requerente é sociedade limitada que tem por objeto social, entre outros, a extração, beneficiamento e comercialização de produtos calcários. É contribuinte de diversos tributos, entre os quais o IRPJ e a CSLL, que são regularmente recolhidos aos cofres públicos nos prazos e formas previstos em lei.
- Em 2004, a requerente foi objeto de uma série de operações societárias, graças às quais a totalidade do seu capital passou a ser detida pela Lhoist do Brasil Ltda (LDB).

Subscrição das ações da Call pela LDB

- Em 31.08.2004, conforme comprova a ata da Assembléia Geral Extraordinária da Call, essa sociedade emitiu novas ações ordinárias, representando 50% de seu capital social e 100% de seu capital votante, que foram subscritas e integralizadas em sua totalidade pela LDB ao preço de R\$ 447.555.000,00.
- Após a subscrição das ações, o patrimônio líquido da Call correspondia, aproximadamente, a R\$562.411.441,00. Logo, o valor do ágio pago pela LDB pela aquisição de 50% do capital da Call correspondeu a aproximadamente R\$166.349.279,50.
- Entretanto, certa de que o investimento realizado pela LDB na Call representava, em essência, a aquisição da totalidade das quotas da requerente então detidas pela Call, a LDB, desde o início, registrou em sua contabilidade o ágio relativo ao investimento na Call pelo mesmo valor (R\$332.698.559,00) que seria registrado na hipótese de a aquisição de participação no capital social da requerente tivesse sido realizada diretamente.

Resgate de ações da Call

- Em 30.09.2004, conforme a ata da Assembléia Geral Extraordinária da Call (doc. 5), esta promoveu o resgate de 100 ações ordinárias detidas pela LDB, que representavam 50% de seu capital social. O resgate foi realizado por meio da devolução de ativos de sua titularidade para LDB, conforme faculta a legislação.

Esses ativos corresponderam à totalidade das quotas que a Call detinha na requerente.

- As quotas foram entregues pelo seu valor contábil, conforme expressamente autorizado pelo artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995.

O registro do investimento na requerente e a contabilização do ágio pela LDB

- No momento em que recebeu as quotas da requerente como devolução de sua participação no capital social da Call, a LDB substituiu o investimento que detinha na Call pelo investimento que passou a deter na requerente, atribuindo-lhe o preço (custo) inicialmente pago pelas ações da Call, conforme expressamente previsto no artigo 22, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995.
- Como a LDB passou a ser a sociedade controladora direta da requerente, ela estava legalmente obrigada a avaliar o investimento segundo o método da equivalência patrimonial, desdobrando-se o seu valor total (R\$447.555.000,00) em: a) patrimônio líquido da participação societária (R\$114.856.441,00); b) ágio (R\$ 332.698.559,00). Logo, a partir desse momento é que a LDB apurou o ágio em relação ao investimento detido na requerente.
- O ágio registrado pela LDB em relação ao investimento na requerente comprova que a real intenção do grupo Lhoist sempre foi a de adquirir integralmente a requerente.
- O fundamento econômico desse ágio era a expectativa de rentabilidade futura. O valor da expectativa de rentabilidade futura da requerente, de aproximadamente R\$462.000.000,00, foi primeiramente calculado em estudo econômico financeiro preparado internamente pela LDB e seu controlador Lhoist S/A, sociedade constituída e existente de acordo com as leis da Bélgica.
- Para que não restasse dúvida a respeito da qualidade do cálculo, em 16.08.2004, antes da aquisição das ações da Call e da requerente, a LDB solicitou à KPMG Corporate Finance Ltda a confirmação das projeções de resultados futuros, com o fim de obter sua validação para fins fiscais.
- Em 12.11.2004, a KPMG emitiu o Relatório de Avaliação Econômico Financeira da Mineração Belocal Ltda (doc. 7), ratificando expressamente as premissas adotadas e o valor que a LDB tinha para a expectativa de rentabilidade futura da requerente.

Aumento de capital da Cananga, integralizado com as quotas da requerente

- Em 17.12.2004, o capital social da Cananga foi aumentado de R\$100,00 para R\$ 456.464.249,00, conforme alteração do contrato social realizada em 17.12.2004 (doc. 8). O aumento foi totalmente subscrito e integralizado pela LDB mediante a entrega da totalidade das quotas que a LDB tinha da requerente. Com isso, a Cananga passou a deter totalidade do capital social da requerente.
- A transferência das quotas se deu pelo valor contábil, conforme consta da alteração contratual, o que foi atestado em laudo de avaliação datado de 17.12.2004 e emitido pela Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes (doc. 9).

A incorporação da Cananga pela requerente

- Em 31.12.2004 foram realizadas reuniões de quotistas da requerente e da Cananga (doc.10), por meio dos quais foi aprovada a incorporação da Cananga pela requerente, nos termos e condições estabelecidas no protocolo de incorporação, datado de 26.12.2004. A operação foi realizada pelo valor contábil e, nesse sentido, suportada por laudo de avaliação da Cananga preparado pela Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes em 27.12.2004.
- O tratamento fiscal do ágio registrado pela requerente após a incorporação da

Cananga

- No instante que antecedeu à incorporação, a Cananga detinha a totalidade das quotas da requerente, com o custo desdobrado em ágio e valor do patrimônio líquido. Esse ágio encontrava-se fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da requerente, projetado com base em fluxo de caixa descontado preparado pela equipe financeira do grupo Lhoist, bem como suportado por laudo de avaliação emitido em 12.11.2004 por empresa especializada, de forma que a requerente passou a atender todas as condições exigidas pela legislação para que esse ágio pudesse ser tratado como despesa amortizável para fins fiscais.
- Assim, a requerente passou a contabilizar esse ágio na conta de ativo diferido e a amortizá-lo como despesa operacional, à taxa média de 1/84, de modo que toda a amortização pudesse ser concluída em sete anos.

Os autos de infração

- A fiscalização adotou como premissa do lançamento que era inexistente o ágio reconhecido e amortizado pela requerente, e alega que não possuía nenhuma fundamentação econômica nem finalidade negocial. Logo, prossegue a fiscalização, a amortização fiscal do ágio corresponderia a despesas não necessárias, cuja dedução estaria limitada em face do disposto no artigo 299 do RIR 1999.

Preliminar de nulidade: decadência

- A exigência fiscal refere-se a tributos decorrentes de operações ocorridas no período base de 2004, de forma que toda ela está abrangida pela decadência.
- Para os tributos sujeitos à modalidade de lançamento por homologação, como é o caso do IRPJ e da CSLL, o prazo decadencial é de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.
- Os supostos fatos geradores das obrigações tributárias constantes desta exigência fiscal ocorreram ainda no ano calendário de 2004. Essa conclusão é muito clara, pois, uma vez ocorrida a incorporação da Cananga pela requerente no ano calendário de 2004 já nasce o direito de a sociedade sobrevivente amortizar o ágio no prazo previsto na legislação. Em abono do argumento, citam-se precedentes atribuídos ao Carf.
- Assim, o prazo para questionar os efeitos fiscais dessas operações expirou em 31.12.2009. Uma vez que a requerente foi cientificada do lançamento em 12.07.2013, está claro que o crédito tributário lançado se encontra alcançado pela decadência e deve ser cancelado.

O direito à amortização do ágio

- Dúvidas não existem na legislação brasileira de que toda vez que uma pessoa jurídica adquira participação societária em outra sociedade pagando ágio (com base em expectativa de rentabilidade futura), esse ágio poderá ser amortizado para fins fiscais no momento em que ocorrer a incorporação da sociedade que detenha a participação adquirida com ágio pela sociedade investida, ou vice versa (Lei 9.532, artigo 7º).
- É justamente isso que ocorre no caso concreto. A LDB adquiriu junto ao grupo Votorantim, por meio de um negócio jurídico indireto, a totalidade do capital da requerente, efetuando o pagamento de R\$ 447.555.000,00. Considerando o valor de patrimônio líquido da requerente equivalente a aproximadamente R\$ 114 milhões, o investimento da LDB na requerente resultou no reconhecimento de um ágio no valor aproximado de R\$ 333 milhões.

- A aquisição da Belocal se deu por meio da adoção de uma estrutura que condicionava essa aquisição a um primeiro investimento na Call, sociedade holding cujo único ativo era representado pela totalidade do capital da requerente.
 - Essas estruturas de aquisição indireta de participações societárias são tão conhecidas pela fiscalização e pelo Carf que até ganharam um nome de referência: operação “casa e separa”. O Carf reconhece tais operações como uma compra e venda, por meio da qual o investidor (LDB) adquire a sociedade operacional (Belocal) da sociedade holding (Call) detida pelo vendedor. Tanto é assim que há uma série de decisões do Carf atribuindo os efeitos fiscais de uma operação de compra e venda à operação “casa e separa”.
 - Dessa forma, é indiscutível que a LDB adquiriu participação societária na requerente e reconheceu ágio em relação à referida aquisição. Este ágio é legítimo, no valor aproximado de R\$ 333 milhões, pois foi gerado em uma operação entre partes independentes, mediante efetivo pagamento e realizada a valor de mercado.
 - Uma vez reconhecido o ágio pelo grupo Lhoist em relação ao seu investimento na Belocal, ágio esse devidamente justificado economicamente com base em perspectivas de rentabilidade futura, foram realizadas reorganizações societárias pelo grupo Lhoist que resultaram na combinação do ágio relativo à aquisição da Belocal (i.e., incorporação da Cananga pela Belocal) com os lucros da sociedade objeto da aquisição, ora requerente.
 - Assim, para que seja possível reconhecer a legitimidade da amortização fiscal do ágio, o que deve ser confirmado é se: a LDB adquiriu, ao final da estrutura, participação societária na Belocal; essa participação societária foi adquirida com ágio; o ágio está fundamentado com base na expectativa de rentabilidade futura da Belocal; houve a combinação do ágio relativo à aquisição do investimento com os lucros da sociedade objeto da aquisição; e a requerente tinha o direito de, após a incorporação da Cananga, amortizar o ágio gerado na sua aquisição pelo grupo Lhoist. Todas essas questões possuem respostas positivas.
 - Em abono da argumentação, destacam-se os requisitos delineados pelo Relator Antônio José Praga de Souza, quando do julgamento do Acórdão 1402-00.802 (caso Santander), para os fins de reconhecer a legitimidade na amortização fiscal do ágio pelos contribuintes.
 - O Carf, ao julgar casos com fatos e circunstâncias substancialmente similares ao caso concreto, reconheceu a legitimidade da amortização fiscal do ágio levada a cabo pelo contribuinte no Acórdão 1301-000.711 (caso Telemar) e no caso Santander.
 - Essas decisões do CARF, cujas ementas são transcritas na impugnação, reconheceram a validade da amortização fiscal do ágio em operação em que: a participação adquirida com ágio foi contribuída em aumento de capital de outra sociedade holding; e a sociedade holding foi, subsequentemente, incorporada pela sociedade investida (objeto da aquisição com ágio).
- Assim, questões como reconhecimento do ágio pela sociedade holding, fundamentação econômica do ágio, entre outras, já foram objeto de exame pelo CARF, que reconheceu a validade e legitimidade da amortização fiscal do ágio em operações análogas ao caso concreto.

O reconhecimento de ágio pela LDB na aquisição de participação na Belocal

- Como condição para a realização do negócio, a aquisição do investimento da LDB na Belocal foi precedida de um investimento da LDB na Call. Esse investimento foi consumado por meio da subscrição e integralização, pela LDB,

de ações da Call no valor de R\$447.555.000,00.

- Um mês depois, houve o resgate da totalidade das ações da Call detidas pela LDB. Esse resgate de ações, conforme expressamente amparado pela legislação fiscal em vigor (artigo 22 da Lei 9.249/95), resultou na entrega à LDB de 100% das quotas da Belocal, avaliadas a valor contábil, detidas pela Call.
- Com a implementação desses dois passos, ficou concretizada a aquisição da Belocal pela LDB. Considerando o preço de aquisição de R\$ 447 milhões e o valor de patrimônio líquido da Belocal de R\$ 114 milhões, o ágio reconhecido pela LDB em relação ao seu investimento na Belocal é de aproximadamente R\$ 333 milhões.
- Certa de que o investimento realizado pela LDB na Call representava, em sua essência, a aquisição da totalidade das quotas da requerente então detidas pela Call (Grupo Votorantim), a administração da LDB, desde o início, registrou em seus livros contábeis o ágio relativo ao investimento na Call pelo mesmo valor (R\$ 332.698.559,00) que seria registrado na hipótese de a aquisição de participação de 100% no capital social da requerente ter sido realizada diretamente.
- O artigo 22, § 2º, da Lei 9.249/95 determina que, quando uma pessoa jurídica (LDB) receber um bem ou direito (quotas da requerente) em devolução de sua participação no capital de uma dada sociedade (Call), este bem ou direito então recebido deverá ser obrigatoriamente registrado: (a) 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 requerente) pelo seu valor contábil; ou pelo valor de mercado do bem ou direito recebido (quotas da requerente) se a pessoa jurídica que estiver reduzindo o seu capital social (Call) tiver avaliado esse bem ou direito (quotas da requerente) pelo seu valor de mercado.
- A Call resgatou as ações de titularidade da LDB e entregou a essa sociedade as quotas da requerente pelo seu valor contábil. Portanto, nesse momento, em obediência ao artigo 22, § 2º, da Lei 9.249/95, a LDB tinha a obrigação legal de contabilizar as quotas da requerente pelo mesmo valor contábil atribuído às ações que LDB detinha na Call antes da operação de resgate de ações ter sido realizada.
- O dispositivo estabelece uma regra obrigatória para a pessoa jurídica que está recebendo o bem ou o direito, e não uma faculdade. Assim, não restava alternativa à LDB senão registrar as quotas da requerente recebidas como devolução do capital da Call pelo valor de R\$447.555.000,00.
- Segundo o artigo 426 do RIR/99, o valor contábil da participação societária avaliada pelo método da equivalência patrimonial deve considerar tanto o seu valor de patrimônio líquido, quanto o ágio registrado em relação a esse investimento. Portanto, a conclusão é que a LDB agiu corretamente ao atribuir à participação então recebida na requerente o mesmo custo do investimento anteriormente detido na Call, em razão da devolução de capital realizada.
- Cumpre, aqui, mencionar, que a operação de resgate de ações da Call, mediante a entrega de quotas da Belocal à LDB, não se confunde com uma operação de permuta. Ora, a operação de resgate de ações nada mais é do que uma operação típica de devolução de capital ao acionista, estando tipificada na Lei das S.A. e, também, no próprio artigo 22 da Lei 9.249/95.

Assim, fica comprovado ser infundada a alegação fiscal de que a operação consistiu em uma permuta de participações societárias.

- Esse entendimento é corroborado pelo Parecer Técnico (doc. nº 12) do Professor Eliseu Martins, Livre Docente pela Faculdade de Economia,

Administração e Contabilidade FEA/USP e ex diretor do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários e do Instituto Brasileiro dos Contadores IBRACON, bem como autor e coautor de diversos livros, entre os quais “Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (Aplicável às Demais Sociedades)”, “Contabilidade Introdutória”, e “Contabilidade de Custos”.

- O propósito da LDB no negócio com o Grupo Votorantim consistia em adquirir a requerente pelo valor de R\$ 447.555.000,00. A aquisição das ações da Call, em um primeiro momento, somente foi realizada pela LDB objetivando a negociação da requerente junto ao Grupo Votorantim. Este valor de R\$ 447.555.000,00 era, portanto, o custo do investimento para a LDB na Call e, por força do artigo 22, § 2º da Lei 9.249/95, ele continuou a ser o custo do novo investimento que a LDB passou a deter na requerente.

- Concluída a devolução de capital da Call, por meio do resgate total das ações detidas pela LDB, esta passou à condição de sociedade controladora da requerente. Desse modo, por força das disposições contidas nos artigos 384 e 385 do RIR/99, a LDB tinha a obrigação legal de avaliar esse investimento pelo método da equivalência patrimonial, ou seja, desdobrando o seu valor total em: valor de patrimônio líquido dessas quotas da requerente; e ágio ou deságio.

- Nos termos do artigo 248 da Lei das S.A., os investimentos permanentes em sociedades coligadas ou controladas devem ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial. Com a transferência das quotas da requerente para a LDB, por meio do resgate de ações da Call, a LDB passou a deter investimento relevante na requerente, de modo que a aplicação do método de equivalência patrimonial tornou-se obrigatória.

- Em consequência, a LDB aplicou o método da equivalência patrimonial ao investimento que passou a deter na requerente, na condição de sua sociedade controladora, de modo que, considerando o seu valor de patrimônio líquido aproximado de R\$ 114 milhões, esse investimento foi registrado com um ágio de aproximadamente R\$ 333 milhões.

- Esse procedimento é corroborado pelo Acórdão de nº 101-94.008 do Primeiro Conselho de Contribuintes, datado de 06.11.2002, bem como pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no caso do Acórdão de nº 1101-00.064 – 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária, datado de 13.05.2009. Esses precedentes confirmam o argumento da requerente, segundo o qual, a LDB agiu de acordo com a legislação fiscal em vigor quando substituiu a participação societária detida na Call pelo bem ou direito que recebeu (quotas da requerente) a título de devolução do capital da Call.

- Portanto, fica afastada qualquer alegação fiscal de que o resgate de ações da Call, seguido da entrega da participação na requerente à LDB, resultou em uma perda para a LDB e na consequente baixa do ágio relativo ao seu investimento na Call/requerente. Esse entendimento é corroborado pelo parecer técnico elaborado pelo Professor Eliseu Martins.

- Em suma: o reconhecimento do ágio pela LDB foi efetuado dentro das normas vigentes à época, não havendo nenhuma irregularidade contábil; não havia vedação nas normas contábeis e fiscais ao tratamento dado; e esse tratamento não era condenado por órgãos reguladores da profissão contábil (incluindo contadores que assinam as demonstrações financeiras e auditores independentes dessas demonstrações); ao contrário, tratava-se de prática regulamentada e aceita.

O reconhecimento de ágio pela Cananga em relação ao investimento na Belocal

- A LDB pagou R\$ 447.555.000,00 para adquirir as quotas da requerente até

então detidas pelo Grupo Votorantim, valor que correspondia ao valor de mercado das quotas da requerente e que foi devidamente contabilizado pela LDB como custo de seu investimento nessa sociedade. Dessa forma, a contribuição das quotas da requerente em aumento de capital da Cananga foi feita pelo valor de R\$ 447.555.000,00, ou seja, pelo mesmo valor contabilizado pela LDB relativamente a tal participação societária.

- O valor contábil da participação na requerente incluía resultados positivos de equivalência patrimonial reconhecidos pela LDB durante o período em que a LDB registrou o seu investimento na requerente até o momento em que as quotas da requerente foram contribuídas em aumento de capital da Cananga.

- Em consequência, por ter recebido (adquirido) a titularidade dessas quotas por um valor superior ao valor de patrimônio líquido da requerente, a Cananga foi obrigada a desdobrar, por força de expressa disposição legal, o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido da requerente e ágio.

- Do ponto de vista da Cananga, o recebimento das quotas da requerente como contribuição em aumento de seu capital social teve a natureza de uma verdadeira aquisição, para quaisquer fins de direito.

- “Adquirir” é um comando verbal que exprime uma ação. A ação de adquirir um bem ou direito tem relação direta com a inclusão de um bem ou direito ao patrimônio de uma pessoa jurídica. Adquirir é, portanto, transferir para si a propriedade de um bem ou direito que até então pertencia a outrem.

- A aquisição de um bem ou direito pode ocorrer de várias formas, entre elas, compra e venda, permuta, recebimento de doação, de contribuição em aumento de capital, de dação em pagamento etc. Todas essas formas implicam aquisição de propriedade para a pessoa que está recebendo o bem ou o direito transferido, a título oneroso ou gratuito.

- Em relação a uma pessoa jurídica, portanto, está claro que a titularidade de um bem ou direito pode ser adquirida através do recebimento de um bem em contribuição em aumento de capital. Já se pronunciaram nesse sentido a própria Receita Federal do Brasil, o Carf e o Superior Tribunal de Justiça (Solução de Consulta nº 288/06 – 6ª Região Fiscal; Acórdão nº 104-23.289, da antiga 4ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes; Recurso Especial nº 22.821/ PE; publicado no DJ de 31.8.1992).

- No caso em exame, o que houve foi a efetiva transferência de titularidade das quotas da requerente, que antes eram detidas diretamente pela LDB e que, após a contribuição em aumento de capital, passaram a ser detidas diretamente pela Cananga.

- Adquirir participação societária com ágio é uma questão factual e não uma questão interpretativa. Assim, se o custo de aquisição da participação que a Cananga passou então a deter na requerente for superior ao patrimônio líquido da requerente, como de fato o era, a Cananga tinha a obrigação legal de contabilizar essa diferença como ágio relativo ao investimento que passou a deter na requerente. Esse entendimento é corroborado pelo parecer técnico elaborado pelo Professor Eliseu Martins.

- O valor contábil do investimento detido pela LDB na requerente era superior ao valor do patrimônio líquido da requerente em nada menos que aproximadamente R\$ 333 milhões. O custo de aquisição das quotas da requerente pela Cananga foi equivalente ao valor contábil do investimento detido pela LDB na requerente, no valor total de aproximadamente R\$ 456 milhões. Com isso, está comprovado que o custo de aquisição do investimento pela Cananga (R\$ 456 milhões) foi superior ao valor de patrimônio líquido da requerente (R\$ 123 milhões), de forma que referida aquisição gerou um ágio de nada menos que R\$ 333 milhões.

- Tendo em vista que o ágio reconhecido pela Cananga em relação às quotas da Belocal está intrinsecamente relacionado à aquisição da requerente, a valor de mercado, pela LDB junto ao grupo Votorantim, não houve o reconhecimento de “ágio interno”, desprovido de qualquer legitimidade e fundamentação econômica pela Cananga. Pelo contrário, trata-se de ágio originado de transação realizada a valor de mercado entre partes não vinculadas.

A incorporação da Cananga e o tratamento fiscal do ágio artigo 386 do RIR/99

- A princípio, a amortização fiscal do ágio pela requerente está expressamente autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 que, com base nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, estabeleceu que se a sociedade investida (requerente) proceder à incorporação da sociedade investidora (Cananga) e o investimento em questão estiver registrado com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade investida (requerente), a sociedade resultante dessa incorporação (requerente) poderá amortizar o valor desse ágio nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão máxima mensal de um sessenta avos, ou seja, no prazo mínimo de cinco anos.
- Após a contribuição do investimento detido com ágio pela LDB na requerente em aumento de capital da Cananga, esta sociedade passou a deter a totalidade das quotas da requerente. Está comprovado que esse investimento detido pela Cananga foi registrado com ágio, o qual era legítimo e tinha por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da requerente.
- Assim, quando a requerente incorporou a Cananga em 31 de dezembro de 2004, a requerente passou a reunir todas as condições exigidas pelo artigo 386 do RIR/99 para a amortização fiscal desse ágio, o qual foi legitimamente gerado em uma operação de compra e venda realizada com parte não relacionada (Grupo Votorantim).
- O fato de a requerente ter utilizado um prazo de sete anos para a amortização do ágio, em lugar dos cinco anos mínimos exigidos pela legislação, por si só, já constitui uma evidência de que a requerente jamais pretendeu obter qualquer vantagem fiscal indevida ou ilegal. Ao contrário, a sua conduta foi sempre pautada pelo conservadorismo e seriedade na adoção de seus procedimentos fiscais e contábeis.

Fundamentação econômica do ágio laudo de avaliação

- Conforme disposto no § 2º, inciso II e § 3º, do artigo 385 do RIR/99, a legislação fiscal exige que o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade investida seja baseado em demonstração, que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração do ágio.
- Em 31.08.2004, quando da aquisição indireta da Belocal, a LDB possuía estudos internos que estimavam o valor da expectativa de rentabilidade futura da requerente (doc. nº 6).
- Esses estudos foram preparados pelo próprio grupo Lhoist para servir de base na definição do preço de aquisição do investimento na requerente então detido pelo Grupo Votorantim, como fim de permitir a análise da viabilidade do negócio que o grupo Lhoist pretendia fazer. Por meio desses estudos é que o grupo Lhoist compreendeu as premissas econômicas aplicáveis à requerente e definiu que o valor de mercado de referida sociedade correspondia à R\$447.555.000,00.
- Ora, levando-se em consideração a magnitude dessa transação e da sofisticação do grupo Lhoist em operações de fusões e aquisições (o grupo está presente em diversos países, incluindo Bélgica, França, Reino Unido, Alemanha, Estados

Unidos da América, Polônia, etc, tendo a sua entrada nesses mercados sido realizada, principalmente, por via de aquisições de participações societárias), seria leviano esperar que ele concordaria em pagar R\$ 447 milhões pela requerente e, até mesmo, iniciar negociações com o grupo Votorantim, sem que estivesse suportado por estudos de viabilidade econômico financeira da requerente.

- No entanto, para que não restasse qualquer dúvida a respeito dos estudos internos realizados pelo grupo Lhoist, a LDB solicitou também à KPMG, em 16.08.2004, portanto anteriormente à aquisição da Call e da requerente, a confirmação das projeções de resultados futuros da requerente, com o fim de obter a sua devida validação para fins fiscais. Como é de praxe na elaboração de tais laudos confirmatórios, o grupo Lhoist municiou a KPMG com seus estudos internos que suportavam o preço de aquisição pago pelo investimento na Belocal. Esse entendimento é corroborado por citação do Professor Luiz Eduardo Schoueri.

- Em 12.11.2004, a KPMG emitiu o “Relatório de Avaliação Econômico Financeira da Mineração Belocal Ltda,” confirmando expressamente o preço de aquisição pago pela LDB pela participação na requerente com base nas expectativas de rentabilidade futura.

- Não cabe, portanto, à fiscalização pretender lançar dúvidas sobre o cálculo dessa expectativa de rentabilidade futura da requerente, alegando que o laudo de avaliação que deu fundamento ao ágio tem data bem posterior à sua escrituração pela LDB, o que o tornaria dispensável e inidôneo para os fins de fundamentação do ágio pago pela LDB.

- Ademais, o fato de esse estudo da KPMG ter sido emitido antes da conclusão da incorporação da Cananga pela requerente e, portanto, antes do início da amortização do ágio em questão, é de especial importância. Ainda que a fiscalização pudesse desconsiderar os estudos internos preparados pelo grupo Lhoist antes da escrituração do ágio pela LDB, o que se admite somente para fins de argumentação, os efeitos fiscais do lançamento desse ágio, com fundamento na rentabilidade futura da requerente, somente passaram a se materializar após a incorporação da Cananga.

- A corroborar a legalidade do procedimento adotado pela requerente para os fins de amortização fiscal do ágio, cumpre mencionar que a própria legislação fiscal em vigor (artigo 386, § 6º, I, do RIR/99, refletindo o disposto no artigo 8º, “a”, da Lei nº 9.532/97) estabelece que o direito à amortização fiscal do ágio é aplicável, inclusive, quando o investimento não for obrigatoriamente avaliado pelo valor de patrimônio líquido.

- Na hipótese de um investimento não ser obrigatoriamente avaliado pelo valor de patrimônio líquido, o investidor não é obrigado a desdobrar, no momento da aquisição, o valor de seu investimento em valor patrimonial da participação adquirida; e ágio ou deságio gerado na aquisição. Nesse contexto, não há falar em necessidade de fundamentação do ágio com base nos critérios previstos na legislação fiscal em vigor.

- Entretanto, na hipótese de a investidora incorporar a investida (ou vice versa), eventual ágio pago na aquisição de investimento não relevante também se torna dedutível, para fins fiscais, desde que os critérios para a fundamentação do ágio sejam observados (justificado com base em perspectiva de rentabilidade futura, etc).

- Com isso, o momento efetivamente requerido pela legislação fiscal para que o contribuinte comprove a fundamentação do ágio na aquisição de participação societária é aquele imediatamente anterior à incorporação do investidor

investida, uma vez que é justamente nesse momento que é concretizada a amortização fiscal do ágio. Esse entendimento é corroborado pelo parecer técnico elaborado pelo Professor Eliseu Martins.

- Seguindo essa mesma linha de raciocínio, uma análise detida do artigo 385 do RIR/99 leva à conclusão de que, por ocasião da aquisição da participação societária, o contribuinte somente tem a obrigação de desdobrar o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido à época da aquisição; e em ágio ou deságio.

- Por outro lado, quando a legislação fiscal em vigor estabelece a necessidade de fundamentação econômica do ágio, esta não faz qualquer menção ao exato momento em que referida fundamentação deva ser cumprida pelo contribuinte. Há apenas uma referência genérica quanto à obrigatoriedade da justificação econômica do ágio e arquivamento da demonstração da escrituração pelo contribuinte (artigo 385, §§ 2º e 3º).

- Assim, a legislação fiscal em vigor não estabelece de forma expressa que, para permitir a amortização fiscal do ágio, esse deve ser devidamente justificado, com documentação arquivada na escrituração contábil, no exato momento em que o contribuinte venha a efetuar o pagamento do preço ao vendedor.

- Tendo em vista a complexidade de operações de compra e venda de empresas, escaparia a qualquer senso de razoabilidade condicionar a amortização fiscal do ágio ao arquivamento, no exato momento da aquisição, do comprovante de justificativa econômica do ágio. Até mesmo porque, como é sabido, há situações em que o próprio valor do ágio pode nem mesmo ser determinável no exato momento da aquisição, fato esse que se verifica quando o comprador e a empresa objeto da participação adquirida adotam critérios contábeis diferentes.

- Nesses casos, após a sua aquisição pelo comprador, geralmente são feitos ajustes contábeis na empresa investida, com o propósito de alinhar os critérios contábeis entre as duas companhias. Esse procedimento pode resultar em uma redução no valor do patrimônio líquido da empresa investida, aumentando, assim, o valor do ágio pago pelo comprador em relação à participação adquirida. Negar legitimidade ao ágio, sob a argumentação de que ele não foi “cravado” no exato momento da aquisição, não é razoável e foge do espírito da legislação fiscal em vigor.

- Considerando o modus operandi de transações de compra e venda de empresas e à falta de expressa disposição da legislação fiscal quanto ao exato momento em que o contribuinte deve arquivar em sua escrituração a fundamentação econômica do ágio, é razoável e não causa qualquer prejuízo ao fisco, que o contribuinte efetivamente tenha a fundamentação econômica do ágio arquivada em escrituração após a aquisição, mas em momento anterior ao seu aproveitamento fiscal, que somente ocorre quando da incorporação do comprador pelo investidor ou vice versa.

- É indiscutível que a fundamentação econômica do ágio pago pelo grupo Lhoist na aquisição da Belocal corresponde à expectativa de rentabilidade futura. Além de todos seus estudos internos utilizados ao longo da negociação, há laudo de avaliação preparado por avaliador independente, de primeira linha, que justifica o ágio com base nos lucros futuros.

Essa demonstração sempre esteve arquivada pela requerente desde o primeiro momento em que esta sociedade esteve autorizada a amortizar fiscalmente o ágio nos termos da legislação fiscal em vigor.

- Dessa forma, causa espanto à requerente a ânsia da fiscalização em tentar, a todo custo, desqualificar a fundamentação econômica (i.e., perspectiva de rentabilidade futura) de ágio legítimo, gerado entre partes não vinculadas,

devidamente suportado por laudo de avaliação preparado por avaliador independente, de primeira linha.

Substância Econômica e Propósito Negocial

- A fiscalização alega que, por haver falta de substância econômica e de finalidade negocial na operação de reorganização societária realizada pelo grupo Lhoist no Brasil (envolvendo a LDB, Belocal e Cananga, sendo que esta última seria apenas uma empresa veículo), a requerente não faria jus à amortização fiscal do ágio.
- Não há falar em utilização de empresa veículo, tampouco em ausência de finalidade negocial ou substância econômica na operação de reorganização societária levada a cabo pelo grupo Lhoist no Brasil.
- A Cananga consistia, de fato, em uma empresa pertencente ao grupo Lhoist desde 2003, tendo sido utilizada pelo grupo para a realização de operações no mercado brasileiro, tal como a aquisição de direitos minerários da Extramil.
- Não obstante, são infundadas alegações fiscais a respeito da finalidade da amortização fiscal do ágio trazida pela Lei 9.532/97, bem como da suposta previsão legal de que a amortização fiscal do ágio gerado em operação legítima, entre partes não vinculadas, estaria condicionada à existência de uma finalidade negocial ou a uma substância econômica na reorganização societária envolvendo a sociedade investidora e a sociedade investida.
- Para que não restem dúvidas sobre a questão, a requerente transcreve diversos trechos do recente voto do Conselheiro Valmir Sandri, relator do Acórdão 1301000.711 3a Câmara, em decisão unânime e favorável aos interesses do contribuinte quanto à legitimidade da amortização fiscal do ágio em operações de reorganizações societárias envolvendo empresas veículo caso Telemar.

Finalidade da Lei 9.532/97 benefício fiscal do ágio:

- A finalidade do benefício fiscal de amortização do ágio previsto na Lei 9.532/97 está intrinsecamente associada à busca pelo fortalecimento da economia nacional por meio de investimentos em outras empresas e reorganizações societárias.
- Essa finalidade, tal como explicada de forma pormenorizada no voto do caso Telemar (Acórdão 1301000.711), foi plenamente atendida no caso concreto, na medida em que resultou na aquisição, pelo grupo Lhoist, da Belocal, sociedade então detida pelo grupo Votorantim. Tal aquisição deu ensejo a novos investimentos no mercado de cal, contribuindo para o fortalecimento da economia brasileira.

Absorção de patrimônio incorporação da Cananga pela Belocal

- A incorporação da Cananga pela Belocal resultou na absorção, por essa sociedade, do ágio reconhecido pela Cananga em relação ao investimento na Belocal. Com isso, foi atendido o requisito previsto na legislação fiscal em vigor para os fins da amortização fiscal do ágio pela requerente, tal como é explicado de forma detalhada no voto do caso Telemar, em que é discutida situação análoga ao caso concreto, conforme passagem transcrita na impugnação. Esse entendimento é corroborado pelo jurista Ricardo Mariz de Oliveira, conforme passagem transcrita na impugnação.
- Assim sendo, com a incorporação da Cananga pela Belocal, o ágio relativo à aquisição da Belocal foi absorvido por essa sociedade, dando efetivo e legítimo cumprimento ao requisito previsto na legislação fiscal em vigor para os fins da amortização fiscal do ágio pela requerente.

Inexistência de prejuízo ao fisco finalidade negocial substância econômica

- Por fim, a operação realizada pelo grupo Lhoist não causou nenhum prejuízo ao fisco, nem resultou na obtenção de qualquer vantagem fiscal indevida.
- A própria legislação fiscal em vigor (Lei 9.532/97) induz a adoção de reorganizações societárias pelos contribuintes com o propósito de possibilitar a amortização fiscal do ágio gerado na aquisição de participações societárias. A vantagem fiscal de amortização do ágio está prevista na legislação e o pressuposto para o seu aproveitamento é que o ágio gerado seja legítimo, resultante de uma operação entre partes não vinculadas.
- Não há falar, portanto, em ilicitude quando a causa do negócio jurídico (aquisição de participação societária e reconhecimento do ágio) é legítima, não relacionada à obtenção de vantagens fiscais. Motivações fiscais posteriores à causa do negócio jurídico (i.e., incorporação de empresa veículo) para dar cumprimento à vantagem fiscal prevista na legislação também não são ilícitas, devendo ser plenamente respeitadas. Confira-se, nesse sentido, voto do Conselheiro Valmir Sandri no caso Telemar (Acórdão 1301000.711), cujo trecho se transcreve na impugnação.
- Em seu voto no caso Santander (Acórdão 140200.802), cujo trecho se transcreve na impugnação, o Conselheiro Antônio José Praga de Souza corrobora o mesmo entendimento.
- Ilustra esse raciocínio o fato de que, além de a reorganização societária realizada pela requerente (i.e., investimento na requerente é contribuído pela LDB em aumento de capital da Cananga, seguido da incorporação da Cananga pela requerente) não ter causado qualquer prejuízo ao fisco, aquela em nada diferiria de uma estrutura alternativa de reestruturação em que a LDB, ainda na qualidade de investidora da requerente, fosse incorporada pela sua investida (requerente) e, ato contínuo, o grupo Lhoist tivesse contribuído a requerente em aumento de capital de uma nova sociedade brasileira, que serviria como a nova sociedade holding do grupo no Brasil.
- Não restam dúvidas de que, caso a LDB tivesse sido diretamente incorporada pela requerente, o ágio originalmente registrado pela LDB seria passível de amortização, para fins fiscais, pela requerente. Também não restam dúvidas que seria válida e legal a constituição de uma nova sociedade holding pelo grupo Lhoist no Brasil, fato esse que não comprometeria a amortização fiscal do ágio pela requerente.
- Ademais, a reestruturação societária realizada pelo grupo Lhoist tem propósito negocial, uma vez era de seu interesse manter atividades minerárias (extração, propriedade das minas) no nível da Belocal, enquanto as atividades da LDB são de industrialização por encomenda em um contrato de longo prazo específico, estratégia empresarial que perdura até os dias de hoje.
- Está comprovado, portanto, que a reestruturação societária realizada pelo grupo Lhoist é legítima, tendo sido originada de causa lícita (aquisição da Belocal e reconhecimento de ágio em operação com terceiro independente) e induzida pela própria legislação fiscal que regula a amortização fiscal do ágio em operações de aquisição de participações societárias. Motivações fiscais posteriores à causa do negócio jurídico (i.e., incorporação da Cananga e estratégia empresarial de segregação de atividades minerárias e de industrialização por encomenda) para dar cumprimento à vantagem fiscal de amortização do ágio prevista na legislação também não são ilícitas ou abusivas, devendo ser plenamente respeitadas.

Atos normativos da CVM indicados pela fiscalização

- Não obstante todos os esclarecimentos trazidos acima pela requerente, por meio dos quais ficou comprovado que os normativos da CVM invocados pela fiscalização não contestam a existência de fundamentação econômica de ágio reconhecido em operações de incorporações reversas, cumpre frisar que tais normativos, a Instrução CVM 319/99, a Instrução CVM 349/99 e o OFÍCIO CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, têm como propósito trazer orientações de mero cunho contábil para as companhias abertas, e não são capazes de produzir quaisquer efeitos fiscais.
- A CVM não tem competência para legislar sobre matéria tributária. Logo, a legislação fiscal deve, obrigatoriamente, prevalecer sobre qualquer normativo emitido pela CVM (incluindo regras que versem sobre a amortização fiscal do ágio), sob pena de ilegalidade.
- Esse foi o mesmo entendimento que prevaleceu em recente julgamento do Carf, proferido no acórdão nº 110100.354. O caso, julgado em 2 de setembro de 2010, tratou exatamente da questão dos possíveis efeitos tributários advindos dos normativos emitidos pela CVM. Ao julgar o mérito dessa questão, o Relator, acertadamente, deixou claro que, para fins tributários (inclusive, para fins de amortização fiscal de ágio), os normativos da CVM não devem ser levados em consideração.
- Há ainda outro recente julgamento do CARF nesse mesmo sentido, proferido no acórdão nº 140200.342, em que o órgão julgador colocou em evidência a inaplicabilidade dos instrumentos normativos da CVM para fins tributários.
- Por essa razão, os atos normativos da CVM não podem ser utilizados pela fiscalização para alegar, de forma claramente equivocada, que o ágio gerado pela requerente não possui justificativa econômica e que a Cananga seria apenas uma empresa veículo.

A CSLL

- Os argumentos expostos são também aplicáveis à cobrança da CSLL, já que a base legal para a parcela dos autos de infração referentes à CSLL é a mesma do IRPJ, ou seja, o artigo 22da Lei 9.249/95.
- Foi demonstrada a total improcedência da autuação relativamente ao IRPJ, tornando-se também improcedente a exigência relativa à CSLL, cabendo a plena restituição das bases negativas dessa contribuição para os períodos subsequentes.

A multa e os juros

- É totalmente improcedente a exigência de multa, seja ela punitiva ou isolada, pois os tributos questionados não são devidos. Ainda assim, os autos de infração visam cobrar tanto valores a título de multa punitiva quanto de multa isolada.
- As autoridades fiscais autuantes extrapolaram os limites previstos na Lei 9.430/96 ao exigira dupla cobrança de multa, que ser imediatamente cancelada. Tal é o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), conforme ementa transcrita na impugnação.
- Não cabe a cobrança de multa isolada por falta de recolhimento de tributo por estimativa concomitante com a multa de lançamento de ofício, ambas calculadas sobre os mesmos valores apurados em procedimento fiscal,
- Mesmo que as multas aplicadas a título de falta de pagamento mensais por estimativa fossem de fato exigíveis, elas nem sequer poderiam ser cobradas da requerente porque o ordenamento jurídico tributário atual veda a exigência de estimativa após o encerramento do ano-base.

Abona-se o argumento com a citação de precedente atribuído à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do Carf.

- No que se refere aos juros de mora a jurisprudência tem reconhecido a

inaplicabilidade da taxa Selic aos créditos tributários, uma vez que essa taxa não foi criada por lei para fins tributários, conforme decisão proferida pelo STJ, nos autos do Recurso Especial nº450.422/PR.

- Após a lavratura dos autos de infração, as multas de ofício passam a ser mensalmente atualizadas com base na taxa de juros Selic. Essa atualização não é realizada com amparo na lei, mas com base no Parecer MF nº. 28, de 2.4.1998, emitido pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação. Tal Parecer usa como base o artigo 61 da Lei nº. 9.430/1996. Contudo, tal dispositivo trata tão somente da incidência de juros sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, sem mencionar as multas de ofício aplicadas pela RFB.

- A CSRF no julgamento do Recurso de Divergência nº. 202131351, reconheceu, no âmbito federal, a ilegalidade da incidência dos juros moratórios (seja a Taxa SELIC ou o percentual de 1% ao mês) sobre a multa de ofício.

A conclusão e o pedido

- A amortização fiscal do ágio pela requerente atende, em sua forma e essência, as disposições previstas na legislação fiscal em vigor. O ágio foi reconhecido pelo grupo Lhoist (LDB), quando da aquisição da Belocal do grupo Votorantim, por meio da realização de um negócio jurídico indireto, amplamente reconhecido pela fiscalização e pelo Carf como “operação casa e separa” (i.e, investimento inicial da LDB na Call, seguido de resgate das ações da Call detidas pela LDB mediante o recebimento da totalidade do capital da Belocal).

- Assim, na medida em que o objetivo do grupo Lhoist sempre foi o de aquisição da Belocal são atribuídos às operações de “casa e separa” os mesmos efeitos fiscais aplicáveis a operações de compra e venda; e o preço de aquisição pago pela LDB pela participação na Belocal foi substancialmente superior ao valor do patrimônio líquido dessa sociedade, o ágio de aproximadamente R\$ 333 milhões reconhecido pela LDB em relação ao seu investimento na Belocal é legítimo e é passível de amortização para fins fiscais.

- No caso concreto, a formação do ágio é lícita, real, resultante de uma operação realizada entre partes não vinculadas (grupo Lhoist e grupo Votorantim). O ágio está fundamentado economicamente com base na expectativa de rentabilidade futura da Belocal, tal como suportado por estudos internos do grupo Lhoist e laudo confirmatório elaborado pela KPMG, cuja emissão é anterior à data do aproveitamento fiscal do ágio pela requerente.

- A contribuição da participação detida pela LDB na Belocal em aumento de capital da Cananga foi feita a valor contábil, à época equivalente ao valor de mercado da participação.

Com isso, o ágio relativo ao investimento na Belocal, legítimo e originado de transação entre partes não vinculadas, passou a ser reconhecido pela Cananga. Não se trata de ágio interno.

- A amortização fiscal do ágio pela Belocal passou a ser realizada com base na expectativa de rentabilidade futura dessa sociedade, tal como suportado por laudo de avaliação preparado pela KPMG. Não há admitir a existência de incorreções ou falhas no laudo que invalidem ou tornem ilegítima a amortização fiscal do ágio pela requerente.

- A reestruturação societária realizada pelo grupo Lhoist é legítima, e originou-se de causa lícita (aquisição da Belocal e reconhecimento de ágio em operação com terceiro independente, bem como para permitir a simplificação da estrutura societária do grupo Lhoist no Brasil com a manutenção de atividades de industrialização por encomenda e minerárias de forma independente) e induzida pela própria legislação fiscal que regula a amortização fiscal do ágio em operações de aquisição de participações societárias. Motivações fiscais

posteriores à causado negócio jurídico (i.e., incorporação da Cananga) para dar cumprimento à vantagem fiscal de amortização do ágio prevista na legislação também não são ilícitas nem abusivas, devendo ser plenamente respeitadas, tal como atestam as decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Acórdão 1301000.71133Câmara /1a Turma Ordinária e Acórdão nº 140200.8024^Câmara / 2a Turma Ordinária).

- Pelo exposto, e tendo em vista as preliminares de nulidade e pelas razões de fato e de direito acima mencionadas, a requerente tem por comprovada a total improcedência do auto de infração, bem como da decisão de primeira instância administrativa que manteve integralmente a exação em tela.
- Diante do exposto, a requerente requer seja dado integral provimento à impugnação para que seja cancelada a exigência fiscal.
- Por fim, requer-seque seja assegurada a produção de provas por todos os meios em direito admitidos, em especial pela posterior juntada de novos documentos, em respeito ao princípio da verdade material.”

Como documento anexo à impugnação, conforme informado ao longo da peça, a recorrente juntou **parecer** do Ilustre Professor Eliseu Martins (E-fls. 1455 ss.), no qual se propôs a responder os seguintes quesitos:

- (i) Com base nos normativos contábeis vigentes à época da operação, poderia a Lhoist do Brasil (LDB) ter contabilizado o ágio decorrente da aquisição de ações representativas de 50% do capital da Cal Holding? Em caso positivo, a LDB o fez de forma correta?
- (ii) Com base nos normativos contábeis vigentes à época da operação, poderia a LDB ter contabilizado o ágio decorrente da aquisição de ações representativas de 100% do capital da Belocal, aquisição essa resultante do resgate da totalidade das ações detidas pela LDB na Cal Holding? Em caso positivo, a LDB o fez de forma correta?
- (iii) Com base nos normativos contábeis vigentes à época da operação, foi correto o procedimento contábil adotado pela LDB em substituir o valor total do investimento na Belocal pelo investimento na Cananga? Da mesma forma, poderia a Cananga ter contabilizado o ágio relativo à contribuição, pela LDB, do investimento na Belocal em aumento de capital da Cananga? Em caso afirmativo, a Cananga o fez de forma correta?
- (iv) Na aquisição da Belocal foi pago o valor de R\$ 447.555 mil e o valor do acervo líquido adquirido era de R\$ 114.856 mil na data da aquisição. Assim, apurou-se um ágio de R\$332.699 mil, o qual foi devidamente suportado por estudos e laudo de avaliação. À luz das Instruções CVM 319/01 e 349/01, bem como do Ofício

Circular CVM/SNC/SEP 01/2007, referida transação foi devidamente contabilizada? Com base nos normativos contábeis e fiscais vigentes à época da operação, foi correta a contabilização de provisão reduzindo o ágio ao seu efeito fiscal pela Belocal, em razão da incorporação da Cananga pela Belocal? As disposições previstas na Instrução CVM 319/01, com redação dada pela Instrução CVM 349/01, e no Ofício Circular CVM/SNC/SEP 01/2007, limitam o reconhecimento de um ativo fiscal pela Belocal, bem como a amortização fiscal do ágio por referida sociedade, em razão da incorporação da Cananga pela Belocal?

- (v) A Belocal contratou uma empresa especializada em 16 de agosto de 2004, cujo laudo emitido em 12 de novembro de 2004 confirma o valor da rentabilidade futura da Belocal, conforme preliminarmente determinado pelas projeções internas da Belocal. O fato de o laudo não ter sido concluído antes da aquisição da Belocal, contudo, antes da incorporação da Belocal na Cananga, fere os Princípios Contábeis Brasileiros?
- (vi) A 4ª Alteração do Contrato Social da Belocal, que transferiu suas quotas da Call Holding para LDB, ocorreu em 30 de setembro de 2004, tendo sido registrada pela Junta Comercial em 29 de outubro de 2004. Tendo em vista as empresas LDB e Mineração Belocal serem empresas limitadas, que preparam exclusivamente relatórios gerenciais em bases mensais, há alguma afronta aos Princípios Contábeis no fato da referida alteração ter sido contabilizada pela LDB em 01 de novembro de 2004?

Na sequência, a **Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte** proferiu o **acórdão n. 02-53607** (E-fl. 1482 ss.), por unanimidade de votos, julgando improcedente a impugnação, para indeferir o pedido de produção posterior de provas e rejeitar a arguição de decadência e, quanto ao mérito, manter integralmente a exigência de IRPJ e CSLL, com o acréscimo da multa proporcional e dos juros de mora respectivos, assim como da multa isolada pela falta ou insuficiência do pagamento de antecipações mensais por estimativa, sob a ementa abaixo:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ
Ano-calendário:2010, 2011

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO

A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação reversa, absorver patrimônio de sua controlada, a qual tinha desdobrado o valor da participação em seu capital em valor patrimonial e em ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros, somente poderá deduzir a despesa com a amortização desse ágio se observadas as seguintes condições: demonstração do fundamento do ágio mediante documentação hábil e tempestiva; existência de substância econômica e propósito comercial nas operações de reorganização societária; independência entre si e possibilidade de livre negociação quanto a todas as pessoas jurídicas envolvidas na operação; ônus efetivo na aquisição do ágio para a pessoa jurídica que o registrar em sua contabilidade e cujo patrimônio for absorvido; reunião numa só pessoa jurídica do patrimônio que tiver sofrido o encargo do ágio e patrimônio que presumivelmente gerará os lucros que justificaram o seu pagamento.

FALTA DE PAGAMENTO DE ANTECIPAÇÃO MENSAL

Verificada a falta de pagamento de antecipação mensal por estimativa cabe exigir a multa isolada, que incidirá sobre o valor não recolhido.

LANÇAMENTO DECORRENTE CSLL

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido”

Em face da referida decisão, a contribuinte interpôs **recurso voluntário** (E-fls. 1560 ss.), basicamente no mesmo sentido de sua impugnação administrativa.

A Fazenda Nacional, por seu turno, apresentou **contrarrrazões** (E-fls. 1636 ss.) ao recurso voluntário, apresentando os argumentos transcritos:

“Do ágio

A recorrente admite que a aquisição da Belocal ‘se deu por meio da adoção de uma estrutura que condicionava referida aquisição a um primeiro investimento na Call, sociedade holding cujo único ativo era representado pela totalidade do capital da recorrente (Belocal)’.

Ainda que por meio tortuoso, por meio da operação conhecida como ‘casa separa’, a recorrente entende ser indiscutível que a Lhoist adquiriu participação societária na recorrente com ágio. Este ágio foi gerado entre partes independentes (Grupo Lhoist e Votorantim).

Argumenta que segundo o artigo 22 da Lei 9.249/95, 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, serão avaliados pelo valor contábil da participação, se assim estiver avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital. Diz que o valor de R\$ 447.555.000,00 era o custo do investimento da Lhoist na Call e, por força desse artigo, ele continuou a ser o custo do novo investimento que a Lhoist passou a deter na Belocal. Por força do disposto nos artigos 384 e 385 do RIR/99, a Lhoist era obrigada a avaliar esse investimento pelo método da equivalência patrimonial, desdobrando o valor da investida em patrimônio líquido e ágio.

Quando a Lhoist resolveu fazer o investimento na Cananga, deu as quotas da Belocal em aumento de capital naquela empresa pelo valor pelo qual elas estavam contabilizadas, ou seja, também por R\$ 447.555.000,00. Em consequência, por ter recebido as quotas da Belocal por um valor superior ao do seu patrimônio líquido, a Cananga também desdobrou o custo de aquisição em patrimônio líquido e ágio.

Argumenta que o valor do investimento da Lhoist na Cananga (ou seja, a Belocal) é o mesmo valor pago pela Lhoist ao grupo Votorantim para a aquisição da Belocal. ‘E nem poderia ser diferente,’ diz, ‘pois a contribuição da Belocal em aumento de capital da Cananga ocorreu apenas 3 meses após a aquisição da recorrente pela LDB’.

Diz que, não obstante o laudo da auditoria independente ter sido posterior à aquisição da Belocal, este valor foi apurado em estudos internos anteriores a essa operação.

Seus argumentos, entretanto, não merecem prevalecer.

De início, é de se salientar que tão somente o fato de que o ágio registrado com base em expectativa de rentabilidade futura sem a comprovação dessa expectativa em um laudo anterior à transação já seria suficiente para implicar na indedutibilidade desse ágio.

Com efeito, o grupo empresarial do qual a recorrente faz parte não observou um das condições necessárias à dedução futura da amortização do ágio, qual seja:

a existência de laudo prévio que ateste o fundamento econômico do ágio na rentabilidade futura do investimento que foi adquirido.

Muito embora o ágio aqui questionado tenha surgido de uma operação que ocorreu no dia 31/08/2004, o laudo que atesta o seu fundamento econômico na rentabilidade futura foi elaborado somente em 12/11/2004.

No que se refere à exigência de prévio laudo econômico à criação do ágio, o artigo 385 do RIR/99, o qual repete o disposto no Decreto-Lei nº 1.598/1977, prevê que o ágio pago na aquisição de uma participação societária deverá ter fundamento econômico demonstrado por documento escrito, o qual deverá ser arquivado como comprovante da escrituração. Ou seja, ao reconhecer contabilmente o ágio, a empresa que o suportou deverá indicar o documento que embasou o seu fundamento econômico.

Em face dessa exigência legal, transcrita no diploma infralegal, tem-se então que, antes de pagar um ágio na aquisição de determinada participação societária, deve a empresa que o irá pagar, caso pretenda, no futuro, deduzir esse ágio na incorporação que envolva esse investimento, elaborar um laudo econômico que ateste que a “mais valia” que será paga decorre da rentabilidade futura da participação societária que será adquirida. O laudo, assim, deve anteceder o pagamento do ágio. Sem laudo prévio, como o contribuinte poderá embasar o fundamento da “mais valia” por ele paga?

Portanto, a anterioridade do laudo econômico não é expressamente prevista em lei, porém decorre de uma estrutura lógica posta a sua materialização. Ademais, ela pode ser facilmente deduzida do artigo 20 do Decreto nº 1.598, de 1977 que fixa claramente o momento em que se deve desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e em ágio ou deságio: por ocasião da aquisição da participação.

Se a lei exige que o ágio pago seja fundamentado em documento escrito, o qual deve ser, inclusive, registrado na escrituração da empresa, por certo que esse documento deve ser elaborado antes do pagamento do ágio, nunca depois. Pensarem sentido contrário, além de ser um disparate hermenêutico, implicaria na permissão de inimagináveis situações de fraude.

Como já dito anteriormente, o fato de o laudo ter sido elaborado posteriormente ao efetivo pagamento do ágio afasta qualquer vínculo entre esse documento e a “mais valia” paga.

A recorrente alega que antes do laudo da KPMG, ela possuía estudos internos que suportavam o ágio. Contudo, por um imperativo lógico, o laudo que atesta o fundamento econômico do ágio deve ser elaborado por empresa independente, já que a adquirente tem interesse direto nessa avaliação.

Ainda que a transação avaliada tenha se dado entre partes não vinculadas, isso não elimina a possibilidade de que haja distorções na avaliação do ágio feita sem independência. Por exemplo, a forma de aquisição da Belocal, mediante casa separa sem apuração de ganho de capital pela alienante, certamente teve influência na definição do preço praticado.

Diversas podem ser as motivações pelas quais o adquirente decide pagar mais do que o valor patrimonial de uma participação, mas a lei concede tratamento fiscal privilegiado apenas a um dos possíveis fundamentos do ágio: o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, cujas subseqüentes amortizações são dedutíveis no caso de incorporação, cisão ou fusão. Já quanto ao ágio pago em razão do valor de Mercado de bens pertencentes à investida, no caso dos mesmos eventos societários, permite-se apenas que sejam incorporados ao custo dos bens para efeito de cálculo de ganho ou perda de capital na hipótese de baixa, ou das

despesas regulares em virtude de depreciação, exaustão ou amortização. Por fim, se o fundamento do ágio for a existência de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, não se permite a dedução de nenhum valor sob nenhum título. Tal disparidade de tratamento, torna indispensável que a escrituração do ágio seja amparada por documento hábil e idôneo, do contrário, deve-se presumir que o ágio foi pago em virtude de outras razões econômicas e não permitir a dedução de nenhum valor a título de amortização, nem muito menos a título de despesas decorrentes do uso ou da obsolescência.

Portanto, é de se reconhecer que o ágio pago pela Lhoist na aquisição da participação societária na Call não pode ser utilizado para fins de dedutibilidade fiscal, por não atender ao disposto nos artigos 20 do DL 1598/77 e 7º da Lei 9.532/97.

Não obstante, as razões para a manutenção do auto de infração e da indedutibilidade do ágio no presente caso não param por aí.

Como já mencionado pelo julgador de piso, “o artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995, ao permitir que a operação seja contabilizada e tributada, para efeito de apurar ganho de capital, de acordo com o valor contábil, (...). A sociedade que entrega o bem avaliado pelo valor contábil em troca da participação deixa de tributar ganho de capital, se o seu valor de mercado é superior, ou de deduzir perda, se é inferior. Já na pessoa jurídica que recebe bem e o registra pelo valor contábil da participação, e não pelo valor contábil do bem conforme registrado na contabilidade da pessoa jurídica de que se retira, tampouco poderá registrar como perda nem ganho a diferença entre os dois valores. Há, portanto, uma certa equivalência entre as perdas de um e os ganhos da outra, mas o que importa salientar é que, excepcionalmente, o legislador se desinteressa pelos valores reais efetivamente praticados nas operações realizadas pelas partes. Os valores apurados por esse método não refletem o custo de aquisição, no caso do sócio retirante, nem o preço de alienação, no caso da sociedade de que se retira. Não se comprovando que correspondem aos valores efetivamente praticados na operação, os números constantes da escrituração fiscal não podem ser levados em conta para efeito de apurar eventual direito de amortização do ágio em questão. Este deve basear-se no custo efetivo de aquisição da participação em confronto com o seu valor patrimonial.”

O ágio cuja amortização gera despesa dedutível na hipótese prevista pelo artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, é aquele correspondente ao ônus efetivo arcado por quem adquirir a participação societária e deve levar em conta os valores realmente negociados. Esse ágio não é algo que se pode transferir. Ele deve ser produto de cada negócio ou operação pela qual a participação acionária se incorpora ao patrimônio da pessoa jurídica investidora.

Neste sentido, ainda que se admitisse tempestivo o laudo de avaliação da Belocal produzido pela KPMG, ele não leva em consideração que o que o grupo Lhoist adquiriu com ágio foi 50% do capital da Call. Ele não adquiriu, diretamente, a Belocal.

Apenas relembando os fatos, a Lhoist adquiriu do Grupo Votorantim participação acionária na Call, mediante a subscrição de novas quotas de capital em 31/08/2004, que foram integralizadas em dinheiro. Somente um mês depois, é que a Lhoist assumiu a titularidade direta da participação na Belocal, em consequência de sua retirada da condição de sócio da Call e do recebimento, em troca da participação, das quotas da Belocal. Portanto, antes de mais nada, deveria haver uma demonstração dos fundamentos econômicos do ágio da primeira operação ocorrida em 31/08/2004.

Essa demonstração não existe, e o Relatório de Avaliação parte de uma

premissa equivocada, pois conforme enunciado no seu objetivo declarado, destinar-se-ia a fundamentar o ágio pago numa transação realizada em 31/08/2004 entre a Votorantim Cimentos do Brasil e a Lhoist do Brasil Ltda pela qual esta teria adquirido, com um ágio de R\$ 332.699.000,00 as quotas da Belocal.

Ou seja, a única operação societária na qual existiu um efetivo desembolso negociação entre partes independentes não está devidamente amparada pelas demonstrações exigidas na Lei. A partir dessa operação, todos os demais atos societários, inclusive a retirada da Lhoist da sociedade na Call, se deram sob seu exclusivo controle (a Lhoist detinha 100% do capital votante da Call).

Ademais, ainda que se admitisse válido o laudo (intempestivo) de avaliação da Belocal produzido pela KPMG para a Lhoist, é descabido que a Cananga dele se valha para fundamentar o ágio na sua “aquisição” de quotas da Belocal (que não realidade não é uma simples aquisição, mas sim a subscrição de capital com bens, operação sujeita a requisitos próprios). Sobre isso, é de se transcrever as considerações da DRJ:

Esse argumento, porém, é infundado, pois ele pressupõe que o Relatório de Avaliação elaborado para fundamentar o ágio pago pela Lhoist não se sabe se n a aquisição das quotas da Call ou da Belocal (essa incerteza decorre da própria imprecisão do documento) pudesse ser aproveitado pela Cananga para registrar com ágio as quotas da Belocal que acabaram vindo a integrar o seu ativo permanente em decorrência de terem sido entregues pela Lhoist na integralização dum aumento de capital.

Não se trata apenas de um aspecto meramente formal. Quanto aos requisitos intrínsecos ou extrínsecos desse documento, sua forma ou conteúdo, o § 3º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, não traz nenhuma disposição expressa.

Daí que se deve concluir que sua forma é livre. Isso não significa, porém, que o fisco está obrigado a aceitar qualquer demonstração ou que esta não precisa se fundar em critérios coerentes e sólidos.

(...)

Primeiramente, convém ressaltar que, embora a Lhoist do Brasil, a Mineração Belocal e a Cananga Participações tenham sido todas constituídas como sociedades limitadas, o contrato social de todas elas, sem exceção, valendo-se da faculdade conferida pelo parágrafo único do artigo 1.053 do Código Civil de 2002, prevê a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Logo, as normas citadas devem ser observadas no caso de aumento de capital mediante subscrição de novas ações para a realização em bens, nos dizeres do § 3º do artigo 170 supra. Daí se segue também que o Relatório de Avaliação elaborado pela KPMG, destinado expressamente a outro fim (fundamentar o ágio pago na aquisição da Belocal pela Lhoist) e sem ter observado todas as formalidades prescritas pela Lei nº 6.404, de 1976, não serve para demonstrar a fundamentação do ágio registrado pela Cananga como parte do valor do investimento na Belocal.

Em vez de novo documento que demonstrasse o valor de rentabilidade da controlada adquirida, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, por ocasião do aumento do capital da Cananga, as partes envolvidas limitaram-se a elaborar o laudo de avaliação juntado pela impugnante a folhas 1.439 e 1.440. Esse laudo, de apenas duas páginas, não trata de estimar o valor da Belocal com base na projeção de seus resultados futuros, mas simplesmente descreve qual o valor contábil, em 30.11.2004, da participação

societária nela detida pela Lhoist, com base nos registros contábeis desta. A necessidade de um novo relatório de avaliação para legitimar a dedução da amortização do ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros não é ditada apenas pela circunstância de que, em se tratando de subscrição de novas ações cuja integralização se faz com a entrega de bens, formalidades mais rigorosas devem ser observadas. Essa necessidade decorre também da própria natureza dos relatórios de avaliação. Examinando-se o documentado preparado pela firma de auditoria independente KPMG, verifica-se que o método empregado na avaliação consiste, em essência, em projetar para o futuro, as condições observadas no presente ou no passado próximo, ajustadas, em parte, pela experiência acumulada até então e pelo possível reflexo de circunstâncias já conhecidas. Por exemplo, se a taxa de crescimento do produto interno bruto se situou nos últimos três anos, em torno de 3%, presume-se que uma taxa próxima dessa prevalecerá nos anos vindouros. Há, portanto, um elevado grau de incerteza nessas previsões, sobretudo em virtude de, amiúde, os acontecimentos tomarem um rumo inesperado. O passado recente tem sido pródigo de situações que ilustram essa característica da realidade. Até setembro de 2008 vivia-se um momento de euforia na economia mundial. De uma maneira generalizada, os indicadores econômicos de quase todas as nações de maior peso eram positivos e apontavam para um futuro brilhante.

Sucedeu, então, a quebra do banco de investimentos norte-americano Lehman Brothers, e o mundo mergulhou numa grave crise financeira, que por pouco não repetiu a Grande Depressão dos anos de 1930. Principalmente nos países mais desenvolvidos, houve significativa redução dos níveis de produção e aumento brutal do desemprego. O preço das matérias-primas, de que o Brasil é grande exportador, em questão de semanas reduziu-se a menos da metade do que se observava antes. Apenas uns poucos economistas, em geral desacreditados e ridicularizados como cassandras ou profetas do caos, alertavam que havia desequilíbrios financeiros e econômicos de que pudessem resultar semelhante convulsão. E o que dizer dos grandes desastres naturais, tais como terremotos, vulcões e enchentes cuja escala ninguém consegue prever e que podem igualmente desorganizar toda a atividade econômica não só de uma região como também de um país inteiro.

Em suma, o relatório sólido e coerente numa determinada ocasião pode tornar-se ultrapassado num curto período de tempo subsequente. Além disso, por mais que seja abalizada e bem fundamentada a avaliação da rentabilidade futura de uma empresa, pagar ágio com base nela é sempre uma aposta no futuro, isto é, assunção de riscos. E a aptidão e a inclinação para o risco difere de uma empresa para a outra. Não é verossímil, portanto, que uma empresa cuja decisão seja tomada de maneira autônoma e tendo em vista os próprios interesses, aceite de empréstimo o laudo de avaliação elaborado por encomenda de outra. Isso só ocorre nas hipóteses em que, como no presente caso, uma empresa é totalmente controlada pela outra.

Mas aí, ainda que o laudo cumpra todas as formalidades e requisitos legais, a dedução da amortização do ágio não é permitida por uma razão ainda mais relevante, que é exatamente a própria condição de dependência de uma empresa pela outra, conforme se demonstra mais adiante.

Por conseguinte, por falta de cumprimento satisfatório da demonstração exigida pelo § 3º do artigo 20 do Decreto nº 1.598, de 1977, não se admite que a despesa com a amortização do ágio registrado pela Cananga pudesse ser deduzida na apuração do resultado tributável da Belocal.

Também não merecem prosperar os argumentos da recorrente sobre a

legitimidade do ágio pelo simples fato de que foi gerado em operação entre empresas independentes, e que os efeitos fiscais que ela pretende seriam exatamente os mesmos se a Belocal tivesse incorporado a Lhoist diretamente.

Como já mencionado, o ágio gerado entre partes independentes foi apenas o da aquisição das cotas da Call. Todas as demais operações se deram no interior do Grupo Lhoist e todo ágio “transferido” a partir de então deve ser considerado como “ágio interno”. A independência entre as partes é aspecto crucial para que se possa reconhecer efeitos tributários ao ágio gerado em virtude de reorganizações societárias. O ágio surge quando o preço pago pela aquisição de uma participação societária é maior que o seu valor patrimonial. Se durante a negociação para a aquisição não é possível que haja barganha verdadeira entre as partes em igualdade de condições, sem preponderância de uma sobre a outra, o ágio resultante não terá legitimidade nem sua amortização poderá receber tratamento fiscal favorecido. No presente caso, se a Cananga fosse empresa independente da Lhoist não há razões para supor que aceitaria, sem questionamento, que as ações da Belocal, entregues para integralização de seu aumento de capital valessem o mesmo valor que lhe foi atribuído pela Lhoist.

Assim, há que se considerar que não houve efetivo pagamento de ágio na operação pela qual houve aumento de capital da Cananga e sua integralização mediante entrega das quotas da Belocal, sobretudo quando se tem em mente que o valor das quotas da Belocal, nessa última ocasião, não foi estabelecido por partes independentes entre si. Logo, a reunião da Cananga e da Belocal não cumpriu os objetivos da lei. Em verdade, após a incorporação, o quadro assumiu a mesma configuração que havia antes da breve participação da Cananga nesses episódios.

A Lhoist assumiu novamente a condição de proprietária de 100% das quotas da Belocal.

Aliás, a forma como a Cananga foi utilizada o tempo todo pelo Grupo Lhoist atesta a completa inexistência de propósito negocial nas operações de reestruturação societária que se seguiram à aquisição das quotas da Call. Senão vejamos.

A recorrente argumenta que a reorganização societária promovida visava uma simplificação societária do grupo no país. No entanto, a presença da Cananga nessa estrutura, a aquisição do seu controle por 100 reais, o aumento de capital e a subsequente extinção por incorporação, não denota nenhuma pretensão de simplificação societária. Afinal, muito mais simples era que essa empresa, que nunca teve praticamente nenhuma atividade operacional, sequer tivesse sido adquirida em primeiro plano.

Está claro que ela não passou de uma empresa-veículo com vistas unicamente a possibilitar a amortização do ágio. Como revelado no relatório fiscal, a Cananga era uma empresa de prateleira constituída em 2002 por funcionários da firma de advogados que presta serviços para o grupo Lhoist. Seu capital social era de apenas R\$100,00, e não viria a ser integralizado até que a Lhoist assumisse ostensivamente a condição de controladora. E esse capital só foi aumentado e integralizado em 17/12/2004, 13 dias antes de que fosse extinta. Desde a sua constituição até a sua extinção, em virtude da incorporação pela Belocal, a Cananga não realizou nenhuma atividade produtiva. As escassas operações patrimoniais significativas que realizou foram todas vinculadas a empresas do grupo Lhoist ou a ele ligadas, no Brasil ou no exterior, e consistiram em: empréstimo contraído em setembro de 2003, no valor de 180.000 euros, concedido por empresa estrangeira ligada à Lhoist; aquisição em 2003 dos direitos minerários da Extramil, presumivelmente com os recursos

do empréstimo (não consta que os tenha explorado); alienação dos mesmos direitos minerários para a Lhoist, em janeiro de 2004; pagamento do empréstimo contraído, presumivelmente com os recursos obtidos com a alienação dos direitos minerários.

Afora isso, há apenas o aumento do capital, de R\$ 100,00 para R\$ 456.557.006,00, mediante emissão de novas quotas subscritas pela Lhoist e integralizadas com a entrega da participação da Belocal, e a sua incorporação por esta.

Em outras palavras, a Cananga nunca foi operacional e nas poucas atividades registradas ao longo de sua existência foi utilizada apenas como intermediadora dos interesses do Grupo Lhoist, inclusive operando com recursos obtidos dele. Está claro que a capitalização mediante a entrega das quotas visou apenas permitir que a Belocal incorporasse ao seu patrimônio o ágio supostamente “pago” pela Cananga na sua aquisição.

Enfim, deixando de lado o ganho fiscal decorrente da amortização do ágio, não fazia nenhum sentido aumentar o capital da Cananga para, apenas 13 dias depois, a extinguir mediante incorporação, com todos os custos inerentes a essas operações.

Cumpre informar, por relevante, que este egrégio CARF já julgou processo administrativo relativo a exatamente os mesmos fatos aqui discutidos, em face da mesma autuada, porém relativo aos períodos de apuração compreendidos entre 2006 e 2008. Trata-se do acórdão 1301001.309 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

(...)

Destarte, seja pela falta de um laudo válido e prévio que atestasse o fundamento econômico do ágio na aquisição de quotas da Call; seja pelo fato de que não houve pagamento de ágio algum na “aquisição” da Belocal pela Cananga; seja pela falta de propósito negocial e substância econômica nas reestruturações societárias promovidas pelo Grupo Lhoist no Brasil, é de se manter a glosa realizada pela autoridade fiscal.”

A Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento, porém, negou provimento ao recurso voluntário, como revela a ementa do **acórdão n.1402-002.124** (E-fls. 1675 ss.):

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito negocial mas revela objetivo exclusivamente tributário.

INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA.

A partir das alterações no art. 44, da Lei nº 9.430/96, trazidas pela MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, em função de expressa previsão legal deve ser aplicada a multa isolada sobre os pagamentos que deixaram de ser realizados concernentes ao imposto de renda a título de estimativa, seja qual for o resultado apurado no ajuste final do período de apuração e independentemente da imputação da multa de ofício exigida em conjunto com o tributo.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA.

Cabe a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício com base na taxa SELIC, nos termos do nos termos do art. 61, caput e § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Frederico Augusto Gomes de Alencar e Demetrius Nichele Macei que votaram por dar provimento parcial ao recurso para cancelar a exigência da multa isolada.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Paulo Mateus Ciccone, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto.”

Em face do referido acórdão, primeiramente, a contribuinte opôs **embargos de declaração** (E-fls. 1722 ss.) (i) alegando omissão do acórdão recorrido quanto à (i.i) aplicação do art. 22 da Lei nº 9.249/95, cujas disposições teriam sido indevidamente afastadas para que o resgate de ações da CALL fosse equiparado a uma permuta; e (i.ii) ausência de exame do laudo produzido pela KPMG e dos estudos internos realizados pelo grupo Lhoist; (iii) suscitando questão superveniente relacionadas à publicação da MP 627/13 e Lei n. 12.973/14, com suas regras específicas referentes ao laudo; e (iv) sustentando que a decisão foi contraditória e omissa em relação à incidência da multa isolada, pois não teria levado em consideração a existência da Súmula n. 105.

Os embargos foram rejeitados por **despacho** (E-fls. 1734 ss.) que inadmitiu as alegações da contribuinte, entendendo que a decisão recorrida haveria se pronunciado sobre todos os temas ditos omissos na referida peça.

A contribuinte então interpôs **recurso especial** (E-fls. 1747 ss.), trazendo como temas divergentes, com os respectivos paradigmas, a (i) Violação ao disposto no artigo 24 da Lei n. 11.457/07, requerendo a decadência do lançamento ou, ao menos, a interrupção de juros moratórios (acórdãos paradigma: precedentes proferidos no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça; (ii) constatação de que o uso de empresa veículo não permitiria a necessária confusão patrimonial entre a sociedade adquirida e a real adquirente do investimento (acórdãos n. 1201-001.267 e 1102-000.982); (iii) desqualificação da documentação apresentada para justificar economicamente o ágio na aquisição do investimento (acórdãos n. 1301-001.505 e 1102-001.018); (iv) concomitância entre multas isolada e de ofício (acórdãos n. 1102-001.315e1102-001.018); e (v) aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício (acórdão n. 1202-001.257 e 1202-001.109).

Ao Recurso Especial interposto pela contribuinte foi dado parcial seguimento por **despacho de admissibilidade** (E-fls. 2243 ss.) que compreendeu demonstrada as divergências quanto a todas as matérias indicadas, com exceção do primeiro ponto quanto à violação ao disposto no artigo 24 da Lei 11.457/07: decadência do

lançamento e/ou interrupção de juros moratórios, porque não apresentados acórdãos paradigmas de outra câmara, turma de câmara, turma especial ou da própria CSRF.

Por sua vez, a Fazenda Nacional ofereceu **contrarrazões** (E-fls. 2255 ss.), combatendo todos os pontos apresentados pela contribuinte em seu recurso, primeiramente reproduzindo o que sustentado em suas contrarrazões ao recurso voluntário quanto à impossibilidade de amortização de ágio, seja pela falta de um laudo válido e prévio que atestasse o seu fundamento econômico na aquisição de quotas da Call, seja pelo fato de que não teria havido pagamento de ágio algum na “aquisição” da Belocal pela Cananga, ou mesmo pela falta de propósito negocial e substância econômica nas reestruturações societárias, colacionando o acórdão n. 1301-001.309, que julgou os mesmo fatos, relacionados a outro período de apuração.

Afora isso, defendeu a possibilidade de concomitância entre as multas de ofício e isolada pela falta de recolhimento de estimativas e incidência dos juros de mora sobre a primeira delas.

Finalmente, registra-se a presença de dois **despachos de encaminhamento**, um deles no sentido de que não haveria valores passíveis de cobrança, uma vez que, não obstante tenha sido negada a admissibilidade do recurso no que se referia a decadência, as matérias reconhecidas divergentes teriam o condão de reformar ou anular o lançamento em sua totalidade (E-fls. 2299 ss.), enquanto o segundo atestando a não interposição de agravo pela contribuinte (E-fls. 2300 ss.).

Passa-se, então, à apreciação do recurso.

Voto Vencido

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

Conhecimento do Recurso Especial

O conhecimento do Recurso Especial condiciona-se ao preenchimento de requisitos enumerados pelo artigo 67 do Regimento Interno deste Conselho, que exigem analiticamente a demonstração, no prazo regulamentar do recurso de 15 dias, de (1) existência de interpretação divergente dada à legislação tributária por diferentes câmaras, turma de câmaras, turma especial ou a própria CSRF; (2) legislação interpretada de forma divergente; (3) prequestionamento da matéria, com indicação precisa das peças processuais; (4) duas decisões divergentes por matéria, sendo considerados apenas os dois primeiros paradigmas no caso de apresentação de um número maior, descartando-se os demais; (5) pontos específicos dos paradigmas que divirjam daqueles presentes no acórdão

recorrido; além da (6) juntada de cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, da publicação em que tenha sido divulgado ou de publicação de até 2 ementas, impressas diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União quando retirados da internet, podendo tais ementas, alternativamente, serem reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

Observa-se que a norma ainda determina a imprestabilidade do acórdão utilizado como paradigma que, (1) na data da admissibilidade do recurso especial, contrarie (i) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal); (ii) decisão judicial transitada em julgado (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil); (iii) Súmula ou Resolução do Pleno do CARF; ou (2) de sua interposição, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente.

No caso concreto, entendendo-se preenchidos tais requisitos, nos termos do despacho de admissibilidade, **vota-se por CONHECER o Recurso Especial.**

Mérito

Coerentemente com a análise de conhecimento procedida, devolve-se a este colegiado o julgamento (i) da tempestividade do laudo de avaliação, (ii) possibilidade de utilização de empresa veículo, (iii) concomitância entre multas isolada e de ofício, bem como (iv) incidência de juros sobre esta penalidade, temas sobre os quais se passará a manifestar na sequência, pontualmente.

I. Inexistência de previsão legal quanto ao prazo do laudo de avaliação

Como se infere do termo de verificação fiscal, a glosa do ágio decorreu do entendimento de sua inexistência, diante da ausência de fundamentação econômica, uma vez que o laudo de avaliação teria sido produzido dois meses depois da celebração do contrato, e falta de razão negocial, em face do uso de empresa veículo e empresa de prateleira, bem como da não caracterização de despesa dedutível nos termos do artigo 299 do Decreto n. 3.000/99.

Seguindo-se a ordem posta pela autuação para a glosa do ágio, vê-se que o seu primeiro motivo foi a inexistência do ágio em decorrência do afastamento do laudo de avaliação como prova do seu fundamento econômico, sob a justificativa de haver sido emitido posteriormente ao momento da operação, precisamente, dois meses depois – salientando-se não haver questionamento quanto ao seu conteúdo.

Com efeito, o regramento jurídico vigente à época dos fatos analisados, além de não estabelecer uma forma específica de prova de tal fundamento, tampouco fixou prazo para a elaboração da demonstração a ser arquivada pelo contribuinte como prova da escrituração do ágio, como se pode observar da redação que possuía o artigo 20, parágrafo 3º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, transcrita a seguir:

“Art. 20. (...)

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

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

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

Ainda que se entenda que se possa laborar interpretação no sentido de que, fazendo uma integração com o *caput* do dispositivo, esse arquivamento deveria ocorrer no lançamento do ágio, previsão específica nesse sentido veio somente e justamente com a mudança de redação procedida no texto do dispositivo pela Lei n. 12.973/2014, que passou expressamente a exigir a elaboração específica de laudo por perito independente como meio de prova e determinou a forma e o prazo para a sua elaboração. Leia-se:

“Art. 20.

(...) § 3º. O valor de que trata o inciso II do *caput* deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

(...)”

Pensa-se, assim, que ainda que se queira buscar dar uma interpretação no sentido de que haveria um momento determinado para a apresentação da prova – relembrando-se a ausência de obrigação de elaboração do laudo especificamente –, muito mais forte é a circunstância de que o legislador viu a necessidade de prever o meio de prova e suas condições formais e temporais de apresentação, o que não é possível compreender como explicitação de uma regra já existente, mas sim, e portanto, como uma nova norma que se quis inserir no ordenamento, que como tal não se aplica a fatos anteriores.

Não fosse suficiente – e inclusive impeditiva da exigência em questão – a ausência de previsão legal da elaboração do laudo de avaliação e do momento da apresentação da prova, observa-se que mesmo a redação atual do dispositivo não exige que o laudo esteja concluído no instante do fechamento da operação de aquisição do investimento com ágio, mas estabelece um prazo de 13 meses a contar da data da aquisição

da participação societária.

Isso demonstra não haver razão que sustente a razoabilidade da manutenção do crédito tributário, nos presentes autos, por motivo da conclusão do laudo de avaliação dois meses depois da operação. E assim o é, não só pela busca na nova lei de um parâmetro para demarcação de um prazo – para o que se reitera não haver previsão legal –, como também pelo motivo que se acredita respaldar o estabelecimento pelo legislador de um intervalo que não fosse tão ínfimo como imaginado pelo acórdão recorrido.

E assim o é justamente em função da dinâmica negocial que envolve inúmeras tratativas, determinação de valores e complexas providências com o fechamento da operação, de modo que a conclusão específica do laudo que não ocorra exatamente antes do seu fechamento não representa intempestividade, a meu ver, continua-se podendo dizer contemporâneo aos atos societários, sobretudo porque um documento como esse não é produzido instantaneamente, de modo que um laudo concluído dois meses depois, provavelmente já vinha sendo elaborado com mais antecedência.

Afinal, muito embora o laudo deva possuir confiabilidade suficiente a credenciá-lo como meio de prova do fundamento econômico do ágio a fim de sustentar a sua quantificação, fato é que a valoração é algo que possui aspecto de subjetividade e podem ocorrer variações inclusive após a sua conclusão, daí porque entendo também não ser determinante o seu arquivamento antes do fechamento da operação.

Registra-se que, no caso concreto, sustenta a contribuinte que o laudo foi entregue antes do aproveitamento do ágio e que já havia estudo emitido anteriormente ao fechamento do contrato, que inclusive foi utilizado na elaboração do laudo.

Indo-se além, ainda que assim não fosse, se o objetivo do laudo é a demonstração do fundamento econômico do ágio, também não vejo problema em ser produzido posteriormente à operação, desde que avalie a situação que o justificou ao seu tempo e considerando-se as circunstâncias que formavam o contexto da negociação. Me parece, aliás, que essa é a função de laudos de diferentes natureza, inclusive. Não vejo que seja ele que definirá, necessariamente, o valor do negócio, mas a convenção entre as partes.

Nesse sentido exposto, concorda-se com a orientação seguida pelo acórdão n. 1202-001.438, no qual se analisava um laudo apresentado seis meses depois, do que se retira o seguinte trecho:

“O demonstrativo, no caso em tela, fora veiculado por meio do Relatório de Avaliação, apresentado cerca de seis meses após a aquisição da participação. Restou claro que, em nenhum momento a fiscalização questionou o conteúdo deste relatório, não apontando nenhuma 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.’ (...)

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

Este comprovante deve expressar razões que justifiquem a aquisição, mas não precisa ser, necessariamente, elaborado antes ou concomitantemente com a operação. (...) 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.

(Acórdão nº 1201-001.438 – 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Rel. Luís Fabiano Alves Penteado – Sessão de 07 de junho de 2016 – Grifos nossos – Doc. 03)”

Por essas razões, entende-se que o laudo de avaliação concluído dois meses depois do fechamento da operação, mas a ela se referindo, não pode servir de justificativa para a manutenção da autuação.

II. Utilização de empresa veículo

Como visto no relato sobre a acusação fiscal, a glosa foi fundamentada, em segundo lugar, na ausência de propósito negocial da operação pelo uso de empresa veículo e de prateleira. No entanto, como já se posicionou por diversas vezes no presente colegiado, entende-se que o seu uso, por si só, não seria capaz de invalidar automaticamente a operação, ainda que diante do argumento de transferência de um ágio registrado no contexto da operação societária.

Se de um lado não se entende que a questão se resume meramente à existência ou não de previsão legislativa para o propósito negocial, indo-se além para se buscar a causa do negócio jurídico, de outro também não se compreende que, havendo consistência – como se reconheceu no caso concreto, por exemplo, com a aquisição de direitos minerários – pode-se invalidá-la por se tratar de empresa veículo.

O mesmo se diga com relação ao uso da chamada “empresa de prateleira”, que isoladamente não poderia ser aceito, não em razão de sua pré-existência em nome de terceiros, mas da falta de substância atribuída à pessoa jurídica. No presente caso, porém, compreendeu-se que o fato de se aproveitar CNPJs previamente constituídos não poderia ser considerado isoladamente como razão para inquinar a operação, se demonstrado que passou a ter causa jurídica o seu uso posteriormente.

Não se entendeu haver prova suficiente de que o CNPJ já haveria sido criado com a única finalidade de se praticar uma operação ilícita ou inoponível ao fisco, porque nesse caso se teria que infirmar os argumentos de sua inconsistência e, como se observa no processo, não foram alegados vícios eivados de ilicitudes, o que foi confirmado pela ausência de imputação de penalidade por essa razão.

Por fim, uma vez preenchidos os requisitos para a formação do ágio, também não vejo limitação legal para a sua transferência, como já me manifestei no acórdão n. 9101-003.145, no qual também adotei as razões do acórdão n. 9101-002.892 sobre o tema da transferência do ágio, as quais já acompanhei em julgamento neste colegiado, produzidas em voto da Conselheira Cristiane Silva Costa:

“Diante disso, tratarei no presente voto da possibilidade de surgimento de ágio com a utilização de holding de investimento, denominada informalmente de “empresa veículo”.

O lançamento tributário e o acórdão recorrido tratam da interpretação dos artigos artigo 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997. Lembro o teor do artigo 7º, da Lei nº 9.532/1997:

(...)

E a previsão do artigo 8º, da Lei nº 9.532/1997, *verbis*:

(...)

Em comentários aos citados dispositivos legais, Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira tratam da possibilidade de holding e incorporação reversa, sem prejuízo do reconhecimento do ágio dedutível:

A Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da “incorporação reversa”, algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na “incorporação reversa” teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na

aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)”

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei” (Análise do Tratamento Contábil e Fiscal do Ágio em Estrutura de Aquisição ou Titularidade de Sociedades quanto há a Interposição de Holding, in Controvérsias Jurídico-Contábeis, 4ª Volume, São Paulo, Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179).

Destaco ainda voto vencido do acórdão recorrido, apresentado pelo ex-Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior:

Considerando o detalhamento dos fatos e do direito feito por meio do relatório, principalmente quanto à diagramação das operações societárias ocorridas permito-me ir direto ao ponto nevrálgico que permeou o presente lançamento, qual seja, a utilização de operações societárias sucessivas que culminaram na passagem de ágio anteriormente constituído na empresa ACCOR Participações S/A (ACOPART) para a autuada, com sua consequente amortização fiscal.

Digo isto, pois, como evidenciado, restou incontroversa e, portanto, impassível de questionamento, a origem e a formação dos ágios objeto de transferência para a

Recorrente. Os mesmos pautaram-se em aquisições feitas pela Cia Sinal de participações em 1999 (ágio na aquisição do investimento na Sinal Participações) e em 2006 (ágio na aquisição dos investimentos nas empresas “Cia Sinal” e “Sinal” junto aos grupos Brascan e Espírito Santo, respectivamente), dispensando-se assim maiores comentários acerca de sua procedência. Sustenta a Recorrente, que o intuito da reorganização societária ocorrida dentro do grupo ACCOR, que envolveu a criação da SOBRASER, visou segregar ativos relacionados a suas atividades financeiras e não-financeiras, considerando a futura intenção do grupo à época em transformá-la uma sociedade de crédito, investimento e financiamento (instituição financeira), que apesar de não levado a cabo após a reestruturação ocorrida, por alegadas questões conjunturais de ordem legislativo-tributária e econômica, foi objeto de amplo estudo interno conforme denota prospecto anexado aos autos (fls 2773 a 2898).

Por outro lado, o fisco ataca as sucessivas operações societárias ocorridas internamente no grupo ACCOR após a incorporação pela ACOPART das adquiridas “Cia Sinal” e “Sinal Participações” (detentoras de investimento na autuada), principalmente a criação e efemeridade da empresa SOBRASER Participações Ltda, para a qual foi vertido por meio de cisão o investimento na Recorrente e os ágios anteriormente constituídos.

Em suma, a acusação que paira sobre a Recorrente (itens 5.2.3 e 6 do TVF, fls 2059 a 2065) foi de ter constituído empresa sem efetiva finalidade empresarial (exercício de atividade econômica, representada pela produção de bens e/ou serviços) em desrespeito a preceitos do Código Civil (arts 966, 981 e 982) para tão somente transferir o ágio da ACOPART a autuada, possibilitando nela sua amortização fiscal. Seria um clássico exemplo de ocorrência da alcunhada “empresa veículo”, tão combatida em vários julgados deste colegiado.

Segundo o fisco não haveria causa econômica além da economia fiscal para a criação da SOBRASER em 19.04.07 por representantes legais da ACCOR Participações S/A e pela própria ACOPART, que teria sido utilizada apenas como artifício para a dedutibilidade na autuada do ágio pago pelas aquisições efetuadas pela ACOPART no ano anterior, tanto que em um período de 10 dias (entre 10.08.2007 e 20.08.2007) teria recebido parte do acervo patrimonial da ACOPART relativo ao investimento na autuada, bem como o ágio oriundo de operações com terceiro s, e sido incorporada por sua própria investia (a Recorrente) de forma reversa.

A DRJ corrobora o entendimento da autoridade lançadora, concluindo que apenas um contrato social regular e um CNPJ não significam a existência de uma sociedade empresária.

*Enaltece que o uso de uma empresa veículo como a SOBRASER em sua aceção corriqueira em dissonância aos ditames do Código Civil para a mera transferência artificial do ágio, representa o alardeado **abuso de direito**.*

A Recorrente por sua vez, destaca que o grupo ACCOR poderia ter alcançado o mesmo resultado de outras formas, qual seja de amortização do ágio na atuada, inclusive de forma direta sem a criação da ACOBRASPART e da SOBRASER, uma vez que a partir da incorporação da “Cia Sinal” e da “Sinal” em 21.05.2007 a ACOPART já faria jus a sua dedução, bastando, por exemplo, apenas incorporar a atuada para que o benefício fiscal em debate pudesse ser gozado legitimamente no âmbito de suas atividades. Só não o fez por uma série de entraves burocráticos que decorreriam da extinção do CNPJ da atuada junto a órgãos públicos, fornecedores (incluindo credenciados) e clientes, bem como organizacionais, no âmbito do grupo ACCOR.

Em suma, sustenta que a SOBRASER foi uma sociedade de propósito específico, para a qual não eram necessários empregados, nem a realização de outros negócios desconectados de sua razão de existir, não sendo necessário que tivesse longa existência. (...)

Tenho acompanhado nesta casa as mais variadas discussões acerca do direito a amortização fiscal de ágio lastreado em rentabilidade futura previsto nos arts 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (regulamentado pelo art. 386,III do RIR/99), que surgiu à sua época como forma de incentivo às privatizações.

Já foram trazidos a julgamento inúmeros debates acerca da legitimidade de sua formação, inclusive pela utilização de empresas veículo, análise das partes envolvidas (ágio de si mesmo), questionamento acerca de sua forma de pagamento (incorporação de ações), contendas sobre os critérios dos laudos de avaliação que o suportam, e como no presente no caso a análise de litígios que envolvem o uso de sucessivas operações societárias visando implementar seu aproveitamento.

Pois bem. Particularmente entendo que deve ser reprimida a utilização de reorganizações societárias para fins de amortizações fiscais de ágio quando o resultado delas provenientes propicia de forma simulada a obtenção de resultados que não seriam lícitos pelas vias normais e diretas, sem a aplicação de métodos heterodoxos.

Todavia, no presente caso enxergo que o direito a amortização do ágio fiscal no CNPJ da atuada, não

necessitaria da estrutura utilizada pelo grupo ACCOR e atacada pela fiscalização, podendo realmente ser obtido de forma direta, uma vez que com a incorporação das “Cia Sinal” e da “Sinal” a ACOPART teria o legítimo de direito de amortizar o ágio pago nestas aquisições, inclusive aquele já carregado pela Cia Sinal.

Neste cenário, bastaria apenas incorporar a autuada, o que seria plenamente possível, de forma a proceder a amortização fiscal do ágio no âmbito das atividades operacionais da TICKET.

O resultado obtido pela reorganização societária engendrada teve o mesmo efeito do cenário ortodoxo acima descrito.

Não vejo como usar o verbo simular para operação em que o resultado obtido é o mesmo independente das vias eleitas para sua obtenção.

A mim resta muito claro, que os motivos que levaram a criação da ACOBRASPART e principalmente da SOBRASER tiveram nítido intuito organizacional e não sonegatório como tentar fazer crer a fiscalização.

Os indícios apontados pela autoridade fiscal e o suposto desrespeito a dispositivos do Código Civil quanto a uma suposta falta de propósito negocial e econômico da SOBRASER somente perfariam prova contra a Recorrente, se por meio da reorganização realizada o resultado obtido fosse defeso pelas vias ordinárias. Não é o que ocorre.

Nesta ordem de considerações, filio-me à corrente jurisprudencial deste pretório e ao entendimento dos pareceristas que assessoram a Recorrente no sentido de que o uso de roupagem jurídica diferenciada, mas que não interfere no resultado obtido é um direito disponível e acessível ao contribuinte, sem que tal exercício possa ser oposto pelas autoridades fiscais, sob pena de ingerência na atividade econômica do contribuinte.

Peço vênia inclusive, para a transcrição de outras possíveis operações societária elencadas pela Recorrente que levariam ao mesmo fim obtido, sem ofensa a legislação instituidora do guerreado benefício fiscal. (...)

A norma legal prevê a possibilidade de transferência de ágio entre empresas na ocorrência de fusão, cisão e incorporação. Assim, o patrimônio da empresa sucedida passa para o patrimônio da sucessora, representado pelos bens, direitos e obrigações. No caso da existência de ágio no patrimônio da empresa sucedida, será o mesmo transferido para o patrimônio da sucessora. (...)

Para mim ficou meridianamente claro que a ACOBRASPART e a SOBRASER foram criadas para evitar contratempos organizacionais e burocráticos que seriam enfrentados pela autuada, caso fosse incorporada diretamente pela ACOPART e não para redução ilícita da carga tributária, posto que tal empresa já fazia jus a dedução fiscal do ágio em razão das incorporações da “Cia Sinal” e da “Sinal”, bastando somente, como destacado, incorporar a autuada para que os efeitos fiscais da amortização também se irradiassem para suas atividades.

Adoto as razões do voto vencido, acima colacionado, para confirmar a **legitimidade do ágio** tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas.

Acrescento que é legítima a transferência de ágio em operação societária, fundamentando-se a hipótese no artigos 248, da Lei nº 6.404/1976 e no artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976.

O artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 teve redação alterada nos anos de 2007 (Lei nº 11.638/2007) e 2008 (Medida Provisória nº 449/2008). Como tratamos nos autos de fatos ocorridos entre 2007 a 2010 reproduzo a seguir a redação vigente do dispositivo legal em cada um dos anos calendários.

No ano-calendário de 2007, a redação do artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 era a seguinte:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas sobre cuja administração tenha influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício;

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

No ano de 2008 e seguintes, aplica-se a redação conferida pela Medida Provisória nº 449/2008, publicada em 03 de dezembro daquele ano e posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

De toda sorte, respeitadas as condições tratadas pelo dispositivo da Lei nº 6.404/1976, desde a original redação, a Lei nº 6.404/1976 obrigava que o investimento adquirido fosse avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

O artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 tinha a seguinte redação ao tempo dos fatos tratados nestes autos (anos de 2006 a 2008), regulando o desdobramento do custo de aquisição em ágio por rentabilidade futura:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Consta do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999) reprodução da disposição legal em seu artigo 385, *verbis*:

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.

Ao tratar do ágio sobre expectativa de rentabilidade futura, o artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 - como também sua reprodução no RIR/99 - trata indistintamente das hipóteses de aquisição da participação, sem qualquer restrição. Portanto, a exigência da aplicação do método de equivalência patrimonial decorre da própria lógica do artigo 248, da Lei nº 6.404/1976, como também do conceito adotado pelo artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976.

A transferência de ágio efetuada pela Recorrida - em operações societárias descritas no relatório deste acórdão -, portanto, decorre da regular transferência de investimento em observância a estas normas.

Ressalto que o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao “investidor original”, ao contrário do que entendeu a nobre prolatora de voto vencedor no acórdão recorrido. A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida caso ocorra incorporação reversa.

Tenho manifestado neste Colegiado a minha posição sobre a dispensabilidade de confusão patrimonial (fundada pelos artigos 7º e 8º, acima citados) entre investidora original e investida original, na medida em que a legislação não atribui interpretação restritiva nesse sentido. Afinal, há que se ponderar se a origem do ágio é legítima (com a existência de partes independentes, pagamento, demonstração da rentabilidade futura, etc.). Nesse contexto, um vez demonstrada a legítima origem do ágio, não há restrição legal ou contábil à sua transferência juntamente com o investimento a ele relacionado.

Diante disso, voto por **conhecer e dar provimento ao recurso especial do contribuinte**, adotando razões de decidir do voto vencido acima reproduzido.”

Nesse mesmo sentido, não vejo vedação legal à transferência do ágio, uma vez configurada a legitimidade de sua formação, assim como não penso que a utilização da empresa veículo e “de prateleira”, demonstrada a causa do negócio jurídico, não invalida a operação societária, permitindo a glosa procedida.

III. Concomitância entre multas de ofício e isolada

Na hipótese de restar vencida nos tópicos anteriores, adentra-se na possibilidade de concomitância entre as multas isolada por não pagamento do IRPJ e CSLL calculados com base no regime de estimativas mensais e a multa de ofício aplicada pelo não recolhimento do tributo ao final dos anos calendário de 2010 e 2011, fundamentadas nos artigos 44, inciso I e II, b, da Lei n. 9430/96., com redação dada pela Lei n. 11.488/07:

“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.

(...)”

Muito embora o veículo introdutor dessa norma seja posterior à edição da Súmula n. 105, editada por este conselho no ano de 2004 e aplicável aparentemente de forma pacífica para os anos calendários até 2006, entende-se que a norma jurídica, enquanto significação que pode ser construída a partir do enunciado do artigo 44, II, b da Lei n. 9.430/96, em sua nova redação, não difere em sua substância daquela que deu origem à referida súmula e, portanto, continua-se a aplicá-la:

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

Contudo, ainda que assim não fosse, vale dizer, ainda que não houvesse súmula editada nesse sentido, a visão que se possui sobre o tema não se modificaria, pois, no posicionamento adotado, não se discorda da existência de dois fatos jurídicos distintos, embora ambos tendo como objeto central o não recolhimento do IRPJ e como obrigação o pagamento de multa pelo seu descumprimento. Entende-se cuidar, sim, de dois fatos jurídicos, porque quando se altera qualquer um de seus critérios, a exemplo do temporal, torna-se o fato diferente de um outro que não possua a mesma condição.

Ocorre que se vê proximidade tanto no objeto de suas hipóteses de incidência – originadas do descumprimento de normas que se referem à obrigação tributária de recolhimento do IRPJ e CSLL –, seja em caráter antecipatório ou definitivo, como na consequência imputada correspondentes às penalidades, diferenciadas sim pela grandeza considerada, nos diferentes incisos do mencionado artigo 44 da Lei n. 9.430/96.

Vê-se como elemento de diferenciação, portanto, o caráter antecipatório da obrigação, cujo descumprimento gera como consequência a imputação da multa isolada – como, afinal, se vislumbra em diversas regras da sistemática do Imposto sobre a Renda, a exemplo da substituição tributária que antecipa o pagamento no regime de retenção na fonte –, mas, uma vez se encerrando o período de apuração, tem-se a identificação precisa da base de cálculo do tributo devido e a determinação da multa efetiva pelo seu não recolhimento, não mais devendo prevalecer aquilo que era calculado com base em estimativas, assim como a multa pelo não pagamento neste regime.

O fato de haver estimativas para o cômputo do IRPJ que será adiantado mensalmente não pode significar que a sua base de cálculo – ou seja, aquilo que juntamente com a hipótese de incidência diferencia um tributo, numa linha há muito ensinada por Rubens Gomes de Sousa – seja desvirtuada daquele montante que deve sofrer os necessários ajustes para se alcançar a renda objeto da competência da União Federal, o que muito provavelmente não é o que se encontra a partir, como o próprio nome sugere, das *estimativas* verificadas ao longo do período de apuração.

Daí porque não se considera a possibilidade de imputação de multas distintas sob a justificativa de possuírem diferentes bases de cálculo, quando se chega ao final do período e se identifica a efetiva base de cálculo do tributo e, então, se impõe uma multa pelo seu não recolhimento – ainda que isso pareça esvaziar o conteúdo do artigo 44, inciso II, alínea b, da Lei n. 9430/96, a não ser para se penalizar quando a autuação ocorra no decorrer do período de apuração ou não gerar um tratamento não equânime entre os contribuintes que, diligentes, recolhessem o tributo antecipadamente, em relação aos que não procederiam a tal adiantamento e, ao final, verificando haver prejuízo fiscal ou saldo negativo, não se sujeitariam a qualquer penalidade.

Dizer ser o IRPJ no regime mensal recolhido sobre bases estimadas não infirma a proximidade substancial das obrigações, mas justamente confirma que, se se está tratando de adiantamento, apenas se pode estar estimando aquilo que ainda não foi mensurado em caráter definitivo e que, o sendo, prevalece sobre as presunções efetuadas, assim como prevalece a multa pelo seu não recolhimento, por identificar-se, afinal, com a que pune igualmente o não recolhimento do tributo, mas de forma antecipada.

Por essa linha, não se precisaria também buscar no Direito Penal o princípio da consunção (vide acórdãos n. 9101-001.307, 1803-001.263, 9101-001.261), muito

embora se coincidam quanto ao resultado alcançado, embora nesse caso não se possa sofrer as críticas de que não haveria previsão para aplicação da espécie na legislação fiscal.

De todo modo, esse é um dos argumentos que sustentam os precedentes administrativos da referida Súmula n. 105 do CARF, assim como as duas decisões que se encontram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, retratadas pelo voto do Ministro Humberto Martins no REsp 1496354, do qual se transcreve trecho representativo, em que também se orientou o acórdão do AgRg no REsp 1499389:

“(…)

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

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

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

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

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

Em se tratando as multas tributárias de medidas sancionatórias, aplica-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente.

O princípio da consunção (também conhecido como Princípio da Absorção) é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas. Segundo tal preceito, a infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade.

Sob este enfoque, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do

exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo.

(...)”

Assim sendo, considerando-se a linha ora adotada ou os próprios fundamento dos precedentes da Súmula n. 105 do CARF, que neste caso se pautaram na compreensão da base de cálculo da multa isolada pela multa de ofício ou na aplicação do princípio da consunção, não se vê as alterações promovidas pela Lei n. 11.488 como capazes de alterar tais circunstâncias e sustentar questionamentos quanto à aplicação da súmula a períodos posteriores a 2007, ano em que publicada a lei.

Portanto, além de se poder estar aplicando o entendimento da Súmula CARF n. 105 para se afastar a imputação da multa isolada mesmo fundamentada no artigo 44, inciso II, alínea b, da Lei n. 9430/96., em função de sua concomitância com a multa de ofício prevista no inciso I do mesmo dispositivo, as razões para se decidir desta maneira caberiam ainda que não houvesse referido enunciado sumulado e que a autuação se refira a ano calendário posterior à Lei n. 11.488/2007.

IV. A não incidência de juros sobre a multa

Alcançando o último tópico do presente voto, passa-se à manifestação sobre a incidência de juros sobre a multa.

Inicialmente, se compreende que o artigo 161, parágrafo primeiro, do Código Tributário Nacional concede autorização para que lei ordinária imponha juros sob taxa com percentual diverso da regra geral de 1% ao mês, como se observa de seu texto:

*“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.
§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”*

Registra-se, primeiramente, que se compreende que a expressão crédito tributário se refira ao objeto da relação jurídica o qual concede um direito de recebimento por parte do Estado, englobando tanto aqueles valores correspondentes aos tributos, como decorrentes da aplicação de penalidades pelo seu não pagamento, em conformidade com a forma que se lê o artigo 113 do Código Tributário Nacional.

Ocorre que, no mencionado artigo 161, não se consegue dar essa alcance ao termo “crédito” como utilizado pelo legislador para alcançar as multas, porque a redação, após mencionar que este pode ser acrescido de juros se não integralmente pago no

vencimento, faz a ressalva: *sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*.

Neste caso, seria ilógico se compreender, portanto, que as multas então estariam compreendidas na expressão crédito, de modo que a interpretação possível que se consegue alcançar a partir deste enunciado é a de que, muito embora ele autorize a imposição de juros, e num patamar diverso de 1% caso haja previsão legal específica, não alcança as penalidades aplicadas em função do não pagamento integral no vencimento.

A partir dessa norma geral, compreende-se que se deve entender legítima a fixação de seus índices próprios pela legislação federal e que a leitura das demais regras que envolvem o tema deve ser feita dentro dessa moldura que estabeleceu, como sói ocorrer com artigo 61 da Lei n. 9.430/96:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. [\(Vide Decreto nº 7.212, de 2010\)](#)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o [§ 3º do art. 5º](#), a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. [\(Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998\)](#)[\(Vide Lei nº 9.716, de 1998\)](#)”

O que, num momento inicial, poderia indicar duas interpretações possíveis, no sentido de a expressão “os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições” abarcar tão somente estes ou também as multas a eles relacionadas, parece restar reduzida apenas à primeira leitura, justamente em face do alcance permitido pela regra geral do artigo 161 do Código Tributário Nacional que não engloba as penalidades.

Portanto, por falta de autorização legal do artigo 161 do Código Tributário Nacional, muito embora a legislação federal possa impor suas penalidades pelo não recolhimento de tributos (leia-se, impostos e contribuições) e possa fixar seus próprios índices de correção dos valores, como a Taxa Selic, não há autorização para determinar a incidência de juros sobre a multa de ofício, quando exigida juntamente àquele pagamento.

Por essas razões, **vota-se por DAR PROVIMENTO ao recurso da contribuinte**, desconstituindo-se o crédito tributário ora exigido.

Processo nº 15504.723708/2013-61
Acórdão n.º **9101-003.199**

CSRF-T1
Fl. 2.352

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio

Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, Redator Designado

Em que pesem as razões de decidir da eminente relatora, peço vênia para dela divergir quanto ao mérito.

As matérias postas à apreciação desta Câmara Superior referem-se à:

- a) ágio - tempestividade do laudo de avaliação;
- b) ágio - empresa veículo;
- c) concomitância da multa de ofício com a multa isolada; e
- d) incidência de juros de mora sobre multa de ofício.

a) ágio - tempestividade do laudo de avaliação

Consta da decisão recorrida a seguinte transcrição da decisão de primeira instância (e-fls. 1.691 e 1.692):

O autuante nega validade ao documento em causa, sob o fundamento de que foi elaborado mais de dois meses depois de a Lhoist ter adquirido a participação na Belocal. Além disso, o próprio registro contábil da operação foi feito com atraso, presumivelmente em razão da espera de que ficasse pronto o relatório de avaliação.

A impugnante sustenta a aptidão do documento, argumentando que estudos elaborados prévia e internamente pelo grupo Lhoist já haviam calculado o valor da Belocal com base na rentabilidade futura, que não há exigências formais rigorosas que devam ser cumpridas por esse documento e que, de qualquer forma, ele foi elaborado antes da incorporação da Cananga pela Belocal, evento que permitiu a essa começar a amortizar o ágio pago na sua própria aquisição. Invoca, ainda, o parecer técnico juntado aos autos, de autoria de Eliseu Martins.

A respeito dessa questão — tempestividade do laudo de avaliação —, esta Primeira Turma já teve oportunidade de se pronunciar, por meio do **Acórdão CSRF nº 9101-003.008, de 08/08/2017**, assim ementado:

ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. DEMONSTRAÇÃO DO VALOR ECONÔMICO-FINANCEIRO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM AQUISIÇÃO. EFETIVIDADE E CONTEMPORANEIDADE À AQUISIÇÃO.

A lei exige que o lançamento do ágio baseado na perspectiva de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. Embora não houvesse, à época dos fatos, a exigência de demonstração na forma de laudo, a produção e arquivamento de documentação que apresenta, de forma objetiva e precisa, a demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária em aquisição, a partir das perspectivas de

rentabilidade futura da empresa, é ônus da adquirente e constitui requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio correspondente. Não basta estimá-lo de forma subjetiva, é preciso determiná-lo e demonstrá-lo, matematicamente, de forma precisa, e arquivar a respectiva documentação, tudo ao tempo em que é feita a aquisição, nunca *a posteriori*.

Do referido acórdão, transcrevo os seguintes principais excertos:

Alega a Contribuinte, em síntese, que o ágio pago nas aquisições da LION e da NOIL se baseia em projeção de rentabilidade futura, a qual foi demonstrada, sendo que, embora o acórdão recorrido determine um rol de elementos que deveriam estar presentes no demonstrativo apresentado, *“a lei em momento algum requereu a elaboração de Laudo de Avaliação econômico-financeiro por 3 peritos ou empresa especializada para a demonstração do lançamento do ágio ou para a legitimidade de sua amortização, e nem sequer elencou os elementos trazidos pelo acórdão”*.

Em contrarrazões, a Fazenda Nacional aduz, resumidamente, que, sendo a dedução do ágio benesse tributária, para ser autorizada deverá observar estritamente as condições legais estipuladas, sob pena de ser considerada indevida, sendo que, no presente caso, não há prova do fundamento econômico do ágio.

O art. 385 do RIR/1999 estabelece que o lançamento do ágio deve indicar a razão econômica que levou ao seu pagamento, a qual, por seu turno, deve estar demonstrada em um documento arquivado em comprovação. No caso de o fundamento econômico do ágio se assentar em perspectiva de rentabilidade futura, o lançamento do ágio deve indicar o “valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”. Confira-se (sublinhou-se):

[...].

Embora assista razão à Contribuinte quando afirma que a lei então vigente não estabelecia uma forma determinada para a apresentação da demonstração de que aqui se trata, e, nesse sentido, não se podia exigir documento na forma de laudo assinado por três peritos, também acerta a Turma *a quo* quando assenta no acórdão recorrido que *“não é qualquer documento que pode se valer o sujeito passivo para demonstrar e comprovar o motivo determinante dos fundamentos econômicos do valor do ágio”*. Como bem se assinala ali, *“para que se possa dar credibilidade ao documento que contenha a avaliação econômica da empresa, é mais do que razoável pressupor que seja um documento técnico completo, elaborado por pessoas habilitadas e que contenha uma exposição clara e consistente da forma como se chegou ao valor presente da empresa avaliada”*.

[...].

Vê-se, portanto, que a objetiva e precisa determinação e demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária em aquisição a partir das perspectivas de rentabilidade futura da empresa é crucial para a fixação dos efeitos tributários do pagamento do ágio correspondente. E constitui ônus da adquirente. Não basta, assim, estimá-lo de forma subjetiva, é preciso determiná-lo, e demonstrá-lo, matematicamente, de forma precisa. E arquivar a documentação em que isso é feito. Só assim o ágio restará

quantificado e demonstrado. Só assim sua amortização poderá ser deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

[...].

No aspecto temporal, deve a demonstração do ágio por rentabilidade futura ser contemporânea à aquisição da participação societária com ágio, não havendo sentido em se admitir fundamentação da rentabilidade futura *a posteriori*. A determinação do valor econômico-financeiro da participação societária deve preceder a aquisição com ágio, não podendo se sustentar que primeiro se pague o ágio, para que depois se venha a justificá-lo

[...].

Dito isso, comungo da conclusão a que chegou a Turma recorrida no sentido de que a Contribuinte não logrou comprovar que, ao tempo da aquisição, foi arquivada documentação que demonstra, de forma efetiva, o valor econômico-financeiro da participação societária em aquisição, a partir das perspectivas de rentabilidade futura. E, como se viu, isso era ônus seu, não se podendo admitir, assim, a dedução de amortização do ágio correspondente.

Que o ágio que se pretende amortizar deve ser devidamente demonstrado, não há nenhuma dúvida, pois que esta é a única forma de se atender às exigências legais de necessidade, normalidade e usualidade, às quais possibilitam a dedutibilidade de quaisquer despesas que se pretenda considerar.

Por outro lado, se a demonstração, a ser arquivada pelo contribuinte, com a indicação do fundamento econômico do ágio — seja pelo valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, seja pelo valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros —, servirá como comprovante da escrituração, parece-me evidente que deve essa demonstração, não só conter a indicação do montante preciso do ágio a ser aproveitado fiscalmente e ter suporte em documentação do fundamento econômico do ágio, como também ser produzida antes (ou, ao menos, por ocasião) da tempestiva escrituração do registro contábil relativo ao ágio.

Nego provimento ao recurso.

b) ágio - empresa veículo

Em resumo das operações sob exame, como descritas pela decisão recorrida, tem-se (e-fls. 1.688):

I – LHOIST subscreve ações da empresa CALL, ao preço de R\$ 447.555.000,00 (31 de agosto de 2004);

II – CALL resgata suas ações, por meio de permuta de participações societárias (30 de setembro de 2004);

III – LHOIST integraliza capital na empresa CANANGA com quotas da BELOCAL (Recorrente), recebidas da CALL em decorrência da permuta de participações (17 de dezembro de 2004); e

IV – BELOCAL incorpora CANANGA (31 de dezembro de 2004).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

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

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

patrimônios líquidos da sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

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

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

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

[...].

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

[...].

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

[...].

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

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

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a “mais valia”. Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o

motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Já a segunda exceção, que interessa mais diretamente à discussão desenvolvida nos presentes autos, refere-se às transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias,

remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura, no recente Acórdão nº 9101-002.301:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI² 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

¹ Cf. Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

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

seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

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

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

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

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporadora (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 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

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

³ Relatório da Comissão Mista publicado no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁵.

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

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

⁵ Cf. ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. 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, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

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

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

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

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

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

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

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

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

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim

sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o encontro de contas entre investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER⁶, 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.

⁶ SCHOUER, 2012, p. 62.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

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

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

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

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

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

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

Sendo assim, pressupõe-se que a “mais valia” porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da “confusão patrimonial”. Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica

que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação “às avessas”).

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

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição, pela LHOIST, por intermédio da CALL, das ações da BELOCAL. Dessa operação, resultou o registro de ágio no valor de R\$ 332.698.559,00. Ocorre que tal ágio foi registrado na contabilidade da LHOIST.

Sendo a LHOIST uma pessoa jurídica sediada no Brasil, submetida à legislação tributária brasileira, ela poderia fazer jus à dedutibilidade das despesas de amortização do ágio de R\$ 332.698.559,00 se viesse a incorporar a BELOCAL e atendesse também às demais condições exigidas legalmente.

Porém a LHOIST promoveu a integralização de aumento do capital social da CANANGA. Foi realizada a entrega das ações da BELOCAL pela LHOIST, pelos exatos valores que constavam da contabilidade dessa última empresa.

Assim, a CANANGA passou a possuir, em sua contabilidade, o ágio de R\$ 332.698.559,00 associado às ações da BELOCAL.

Conforme já foi narrado, a CANANGA foi incorporada pela BELOCAL. Julgando fazer jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio com base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (e nos arts. 385 e 386 do RIR/1999), a BELOCAL passou a reduzir seu lucro líquido a partir de 2005.

Ocorre que a BELOCAL não poderia ter utilizado o ágio registrado originalmente na LHOIST para fins de deduzir as despesas decorrentes de sua amortização.

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

Como não foi a CANANGA que desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. Como o próprio recorrido reconhece, o numerário que foi pago, indiretamente à CALL, pela aquisição das ações da BELOCAL saiu dos cofres da LHOIST.

A CANANGA foi incorporada pela BELOCAL. Esta, julgando que estaria configurada a “confusão patrimonial” entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a

aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários. Ocorre que tal “confusão patrimonial”, principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, só existe uma real investidora: a LHOIST.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a empresa participante da “confusão patrimonial” tenha arcado com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio que se exige diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. Mais do que um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado. No caso dos presentes autos, não se verificou a prática de tal “sacrifício patrimonial” pela CANANGA ou pelo recorrido.

Sendo assim, a amortização operada pelo recorrido não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou seja por ela incorporada. No caso dos autos, a investidora originária não participou de “confusão patrimonial” alguma. Além disso, o ágio registrado na CANANGA decorreu de operação meramente contábil, sem efetiva circulação de riquezas e realizada entre empresas que integram um mesmo grupo econômico.

Ainda que se analise a situação debatida nos autos sob outro enfoque, a conclusão alcançada continua sendo pela impossibilidade de utilização tributária do ágio pelo recorrido.

Tal aproveitamento tributário do ágio consiste, como já foi dito por diversas vezes, na dedução de despesas decorrentes de sua amortização na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Faz-se relevante, portanto, analisar o caso sob a perspectiva da teoria atinente às despesas que têm relevância fiscal. Uma vez mais, pede-se vênica para transcrever-se excerto extraído do Acórdão nº 9101-002.301, por sua concisão e clareza:

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.

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

Despesa Diante de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

Tratam-se de operações especificamente 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, que recebem aportes de milhões e, em questão de dias ou meses, são objeto de operações de transformação societária.

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

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

Admitindo-se uma construção artificial, 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.

Conclui-se, assim, que as despesas de amortização de ágio criado em operações como a encontrada nos presentes autos, atípicas e integrantes de um processo de planejamento tributário que tem a finalidade específica de criar artificialmente hipótese próxima à requerida pelo art. 386 do RIR/1999, não se revestem das características de necessidade, usualidade e normalidade requeridas para sua dedutibilidade.

Nego provimento ao recurso.

c) concomitância da multa de ofício com a multa isolada

Até o advento da MP nº 351, de 2007 e da Lei nº 11.488, de 2007, a multa isolada devida por ausência de pagamento das estimativas mensais de IRPJ e de CSLL tinha a seguinte previsão:

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

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

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

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

[...].

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

[...].

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.488, de 2007, passou a dispor a mesma Lei nº 9.430, de 1996:

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.

[...].

Observem-se as alterações efetivas operadas pela mudança de redação: (i) a multa isolada não é mais calculada sobre “a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”; passando a incidir sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser pago na forma prevista no art. 2º da mesma lei; (ii) o percentual aplicável no cálculo da multa passa de 75% para 50%.

A antiga redação do art. 44 efetivamente não deixava tão clara a distinção entre as multas de ofício e isolada. A base sobre a qual as multas incidiam era prevista de forma conjunta, no *caput* do artigo (“calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”). O percentual aplicável para ambas as multas também era fixado no mesmo dispositivo, o inciso I do artigo (“setenta e cinco por cento”). Somente no inciso IV do § 1º é que existia a previsão específica da exigência de multa isolada pelo não pagamento de IRPJ ou CSLL na forma do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996 (estimativas mensais com base na receita bruta do período).

A falta de clareza na antiga redação do art. 44 e o fato de parte das previsões das duas multas constarem dos mesmos dispositivos (mesma base de cálculo, inclusive) foram, em grande medida, responsáveis pela sedimentação do entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de cobrança simultânea das multas isolada e de ofício. Por conta disso, editou-se a Súmula CARF nº 105:

Súmula CARF nº 105 : A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício

por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Com o advento da MP nº 351, de 22/01/2007, e sua posterior conversão na Lei nº 11.488, de 15/06/2007, julgo terem sido extirpadas as fontes de dúvida interpretação do art. 44 no que diz respeito à previsão das multas isolada e de ofício. A nova redação é clara em relação às hipóteses de incidência de cada uma das multas, suas bases de cálculo e percentuais aplicáveis.

Friso que a Súmula CARF nº 105 é explícita ao mencionar a impossibilidade de cobrança concomitante da “multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996” com a “multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual”.

Tendo sido a Súmula editada pela 1ª Turma da CSRF apenas em 08/12/2014, muito tempo após a revogação do inciso IV do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e o início da vigência da Lei nº 11.488, de 2007, seria esperado que ela fizesse alguma referência genérica como “A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas não pode ser exigida [...]” caso não desejasse se referir especificamente à multa isolada prevista no dispositivo revogado em 2007.

Neste mesmo sentido já se manifestou a CSRF no Acórdão nº 9101-00.947, cujo voto condutor assim se pronunciou (grifos da transcrição):

Da comparação entre a redação vigente e a anterior do mesmo dispositivo, constata-se que com as alterações introduzidas recentemente a penalidade isolada não deve mais incidir “**sobre a totalidade ou diferença de tributo**”, mas apenas sobre “**valor do pagamento mensal**” a título de recolhimento de estimativa. Além disso, para compatibilizar as penalidades ao efetivo dano que a conduta ilícita proporciona, ajustou-se o percentual da multa pela falta de recolhimento de estimativas para 50%, passível de redução a 25% no caso de o contribuinte, notificado, efetuar o pagamento do débito no prazo legal de impugnação.

Desta forma, a penalidade isolada aplicada em procedimento de ofício em função da não antecipação no curso do exercício se aproxima da multa de mora cobrada nos casos de atraso de pagamento de tributo (20%).

Providência que se fazia necessária para tomar a punição proporcional ao dano causado pelo descumprimento do dever de antecipar o tributo.

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

No caso presente, em relação ao ano-calendário 1998, a contribuinte foi autuada para exigir principal e multa de ofício em relação a CSLL não recolhida ao final do exercício e, concomitantemente, foi aplicada multa isolada sobre a mesma base estimada não recolhida. Como dito acima, essa dupla penalização sobre ilícitos materialmente relacionados e por força do princípio da consunção, não pode subsistir.

Interpretando *a contrario sensu* a referida decisão, conclui-se que, a partir de janeiro de 2007, quando entrou em vigência a MP nº 351, de 2007, não subsistem os motivos que outrora impediam a cobrança concomitante das duas multas.

Esclareço, ainda que não vislumbro identidade entre as previsões contidas no inciso IV do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 (vigente até o final de 2006) e na alínea “b” do inciso II do art. 44 da mesma Lei (vigente a partir do início de 2007).

Na redação anterior, previa-se a exigência de multa isolada, calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição, no caso de a pessoa jurídica sujeita ao pagamento do IRPJ e da CSLL, na forma do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996, deixar de fazê-lo, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a CSLL no ano-calendário correspondente. O percentual da multa aplicável era de 75%.

Já na redação introduzida pela MP nº 351, de 2007 e pela Lei nº 11.488, de 2007, prevê-se a cobrança de multa isolada de 50%, calculada sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado na forma do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a CSLL no ano-calendário correspondente.

Logo, houve alterações expressas na base de cálculo e nos percentuais aplicáveis.

Diante de todo o exposto, não vislumbro óbice à cobrança cumulativa das multas isolada (art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430, de 1996) e de ofício (art. 44, inciso I, da mesma Lei) para infrações ocorridas a partir de janeiro de 2007.

Nego provimento ao recurso.

d) incidência de juros de mora sobre multa de ofício

A cobrança de juros de mora sobre os créditos não pagos até a data de vencimento é prevista no art. 161 do CTN, nos seguintes termos:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

A expressão “crédito”, utilizada no *caput* do artigo reproduzido, obviamente se refere ao crédito tributário, pela própria natureza do diploma legal que habita. Para se definir o alcance de tal expressão, recorre-se a outro dispositivo do CTN:

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Já a definição de “obrigação principal”, mencionada no art. 139 do CTN, é trazida pelo § 1º do art. 113 do mesmo Código. Tal obrigação tem por objeto o pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária. *In verbis*:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

O critério utilizado pelo CTN para enquadrar determinada obrigação tributária como principal é, portanto, seu conteúdo pecuniário. Uma vez que a multa de ofício tem a característica de penalidade pecuniária, fica claro que ela integra a obrigação principal, ao lado dos tributos.

Interpretando em conjunto os dispositivos reproduzidos, conclui-se que incidem juros de mora sobre os créditos tributários não integralmente pagos no vencimento (art. 161) e que tais créditos decorrem da obrigação principal (art. 139), englobando o tributo e a multa de ofício (art. 113, § 1º). Assim, a conclusão construída é a de que o CTN prevê a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional.

Os defensores da tese da ilegalidade da cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício argumentam que a interpretação literal do *caput* do art. 161 do CTN impossibilitaria tal incidência em razão da presença da expressão “*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*”. Se a penalidade referente à multa de ofício já estiver contemplada na expressão “*crédito não integralmente pago no vencimento*”, a que outras penalidades cabíveis estaria se referindo o legislador? — indagam.

Ocorre que, frequentemente, a interpretação de uma norma tributária demanda a consideração da realidade jurídica e fática a que se aplica. Mais do que isso, a norma deve ser interpretada sistematicamente, levando-se em conta todo o sistema tributário pátrio.

A este respeito, examine-se a interessante argumentação da Ilustre Conselheira Viviane Vidal Wagner, designada para redigir o voto vencedor do **Acórdão CSRF nº 9101-00.539, de 11/03/2010**:

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p. 70), “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito.”

Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que, ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação. (A interpretação sistemática do direito, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

Sendo assim, a melhor interpretação a ser dada ao art. 161 do CTN é, sem dúvida, aquela que guarda harmonia com os demais dispositivos daquele Código que tratam do tema sob análise, quais sejam, os arts. 113 e 139.

Além do CTN, a Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 61, *caput* e § 3º, também dispõe sobre o cabimento de juros de mora sobre multa de ofício:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

[...].

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Depreende-se do artigo reproduzido que incidem juros de mora sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos pela legislação específica. A multa de ofício se amolda perfeitamente a tal definição, já que sua cobrança decorre, entre outras hipóteses, da falta de pagamento de imposto ou contribuição, nos termos do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Sendo assim, a exemplo do que ocorre com o art. 161 do CTN, também o art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, fundamenta a possibilidade de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Corroborando ainda tal entendimento o art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996, que, em seu parágrafo único, prevê expressamente a incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. Assim, vê-se que a legislação não enxerga incompatibilidade entre os juros de mora e uma multa pecuniária de caráter punitivo:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se pronunciou a respeito da legalidade da cobrança de juros de mora nos moldes praticados no presente processo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: 'É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.' (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1335688/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, dez/2012)

Por fim, tanto o § 3º do art. 61 quanto o parágrafo único do art. 43, ambos da Lei nº 9.430, de 1996, fazem alusão à taxa aplicável a título de juros de mora: taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais.

Quanto a este ponto, a matéria já foi inclusive pacificada por meio da edição da Súmula CARF nº 4:

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

Nego provimento ao recurso.

Do exposto, voto por **conhecer** do Recurso Especial do sujeito passivo e, no mérito, por **negar-lhe provimento**.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo – Redator Designado

Processo nº 15504.723708/2013-61
Acórdão n.º **9101-003.199**

CSRF-T1
Fl. 2.378
