



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.720827/2016-66
ACÓRDÃO	9101-006.992 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	4 de junho de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDA	WESTERN ASSET MANAGEMENT COMPANY DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LIMITADA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013, 2014

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. FUNDO DE COMÉRCIO. INDEDUTIBILIDADE.

Não é possível vincular a resultados futuros o sobrepreço pago em aquisição de participação societária em empresas recém-constituídas mediante reunião de ativos antes destinados a uma atividade exercida por outra pessoa jurídica. A avaliação do patrimônio assim adquirido necessariamente revela o valor presente do fundo de comércio negociado.

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

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

Deve subsistir, nesses casos, apenas a exigência da multa de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Jandir José Dalle Lucca que votaram por conhecer parcialmente do recuso, apenas em relação à matéria “multa isolada concomitante”. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior. No mérito, acordam em: (i)

por voto de qualidade, dar provimento ao recurso em relação à matéria “amortização de ágio”, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por negar provimento; e (ii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso em relação à matéria “multa isolada concomitante”, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora), Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por dar provimento. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa - Relatora

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Redator designado

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

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

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1401-003.043, na sessão de 11 de dezembro de 2018, no qual foi dado provimento parcial ao recurso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2014

ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN. INEXISTÊNCIA. DIFERENTES FATOS GERADORES. ANOS-CALENDÁRIO DIVERSOS.

O artigo 146 do CTN não impede que o fisco autue diferentes fatos geradores, mesmo que referentes à mesma operação societária. Nesse sentido, o dispositivo legal não restringe a atividade das autoridades fiscais para possam lavrar um auto de infração referente a um ano-calendário sob determinado fundamento e, para o ano-calendário seguinte, alegar outro fundamento para uma nova autuação.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2014

ÁGIO. LAUDO. DESCONSIDERAÇÃO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. FALTA DE ARGUMENTAÇÃO. AMORTIZAÇÃO POSSÍVEL.

A legislação tributária impõe ao contribuinte que a realização do laudo seja feita na forma e prazo determinados para que seja possível a amortização de ágio com base em expectativa de rentabilidade futura. A presença de outros elementos no laudo não desconfiguram o fundamento econômico do ágio pago. A simples inexistência de histórico da empresa antes da realização do laudo não é argumento suficiente a justificar a sua desconsideração.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013, 2014

CSLL. ÁGIO. REFLEXO DO IRPJ.

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

ÁGIO. LIMITE MENSAL. DEZEMBRO 2012.

A legislação é clara que a amortização do ágio somente pode ser realizada à razão de 1/60. Não existindo qualquer fundamentação no laudo que justifique a alteração dos limites, mesmo que dentro do mesmo ano calendário, deve ser observada a legislação devendo ser o ágio recomposto para a utilização em períodos futuros.

MULTA DE MORA E MULTA DE OFÍCIO. CONSUNÇÃO.

As multas isoladas devem ser canceladas na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício de IRPJ e CSLL.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro nos anos-calendário 2011 a 2014 a partir da constatação de amortização indevida de ágio que não teria sido pago com fundamento em rentabilidade futura, também ensejando recálculo das estimativas e

aplicação de multa isolada por falta de seu recolhimento. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 2440/2461). O Colegiado *a quo*, por sua vez, afastou parcialmente as glosas promovidas e as multas isoladas, nos seguintes termos (e-fls. 25/91/2615):

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as arguições de nulidade e de decadência e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso (i) para admitir a dedutibilidade das despesas com ágio, à exceção dos valores deduzidos no mês de dezembro de 2012, que deverão ser ajustados ao limite máximo de 1/60 do ágio reconhecido como dedutível, vencidos os Conselheiros Carlos André Soares Nogueira e Luiz Augusto de Souza Gonçalves que lhe negaram provimento, (ii) para a imposição da multa isolada, determinando a exoneração dos valores que não excederem a multa de ofício exigida (aplicação do princípio da consunção). Em primeira rodada, contra a tese que mantinha integralmente as multas isoladas, ficaram vencidos os Conselheiros Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin e Daniel Ribeiro Silva, que cancelavam-na integralmente. Em segunda rodada, onde todos participaram, a tese ganhadora na primeira rodada foi superada pela tese de que as multas isoladas deveriam ser absorvidas apenas na exata medida das bases de cálculo das multas de ofício, ficando vencidos os Conselheiros Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira e Luiz Augusto de Souza Gonçalves, que votaram pela tese de negar provimento para manter a multa isolada.

Os autos do processo foram remetidos à PGFN em 24/01/2019 (e-fl. 2616) e em 08/03/2019 retornaram ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 2617/2664 no qual a Fazenda aponta divergência reconhecida no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 2667/2671, do qual se extrai:

(1) “da indedutibilidade do ágio amortizado. Fundamento econômico pautado em fundo de comércio”

Decisão recorrida:

ÁGIO. LAUDO. DESCONSIDERAÇÃO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. FALTA DE ARGUMENTAÇÃO. AMORTIZAÇÃO POSSÍVEL.

A legislação tributária impõe ao contribuinte que a realização do laudo seja feita na forma e prazo determinados para que seja possível a amortização de ágio com base em expectativa de rentabilidade futura. A presença de outros elementos no laudo não desconfiguram o fundamento econômico do ágio pago. A simples inexistência de histórico da empresa antes da realização do laudo não é argumento suficiente a justificar a sua desconsideração.

Acórdão paradigma nº 1301-002.430, de 2017:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. FUNDO DE COMÉRCIO.

As amortizações de ágio respaldadas em laudo cuja análise refere-se à atividade de administração de ativos não se prestam a justificar a rentabilidade futura das empresas, mas sim do fundo de comércio adquirido.

Acórdão paradigma nº 1402-001.029, de 2012:

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AQUISIÇÃO DE CARTEIRA DE CLIENTES.

Inadmissível a amortização de ágio gerado a partir de planejamento fiscal irregular que transformou a aquisição de uma carteira de clientes em uma empresa formalmente constituída para esse fim.

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

Enquanto a decisão recorrida entendeu que a presença de outros elementos no laudo não desconfiguram o fundamento econômico do ágio pago, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1301-002.430, de 2017, e 1402-001.029, de 2012) decidiram, de modo diametralmente oposto, que as amortizações de ágio respaldadas em laudo cuja análise refere-se à atividade de administração de ativos não se prestam a justificar a rentabilidade futura das empresas, mas sim do fundo de comércio adquirido (primeiro acórdão paradigma) e que é inadmissível a amortização de ágio gerado a partir de planejamento fiscal irregular que transformou a aquisição de uma carteira de clientes em uma empresa formalmente constituída para esse fim (segundo acórdão paradigma).

(2) “da possibilidade de aplicação da multa isolada após o encerramento do período-base e de forma concomitante com a multa de ofício”

Decisão recorrida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2014

[...].

MULTA DE MORA E MULTA DE OFÍCIO. CONSUNÇÃO.

As multas isoladas devem ser canceladas na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício de IRPJ e CSLL.

Acórdão paradigma nº 1802-001.408, de 2012:

Ano-calendário: 2007

[...].

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS - CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTO DEVIDO NO FINAL DO ANO - INOCORRÊNCIA

Não há entre as estimativas e o tributo devido no final do ano uma relação de meio e fim, ou de parte e todo (porque a estimativa é devida mesmo que não haja tributo devido). A multa pela falta de estimativas não se confunde com a multa pela falta de recolhimento do tributo apurado em 31 de dezembro. Elas configuram penalidades distintas previstas para diferentes situações/fatos, e com a finalidade de compensar prejuízos financeiros também distintos, não havendo, portanto, que se falar em concomitância de multas. A multa normal de 75% pune o não recolhimento de obrigação vencida em março do ano subsequente ao de apuração, enquanto que a multa isolada de 50% pune o atraso no ingresso dos recursos, atraso esse verificado desde o mês de fevereiro do próprio ano de apuração (estimativa de janeiro), e seguintes, até o mês de março do ano subsequente.

[...].

Realmente não há entre as estimativas e o tributo devido no final do ano uma relação de meio e fim, ou de parte e todo (porque a estimativa é devida mesmo que não haja tributo devido no ajuste), e, sendo assim, a multa pela falta de estimativas não se confunde com a multa pela falta de recolhimento do tributo apurado em 31 de dezembro.

Ainda que assim não fosse, caberia assinalar que não há, no Direito Tributário, algo semelhante ao Princípio da Consunção (Absorção) do Direito Penal, o que também afasta os argumentos sobre a concomitância de multas.

[...].

Vejo com bastante clareza que a multa normal de 75% pune o não recolhimento de obrigação vencida em março do ano subsequente ao de apuração, enquanto que a multa isolada de 50% pune o atraso no ingresso dos recursos, atraso esse verificado desde o mês de fevereiro do próprio ano de apuração (estimativa de janeiro), e seguintes, até o mês de março do ano subsequente.

Com efeito, estamos diante de penalidades distintas previstas para diferentes situações/fatos, e com a finalidade de compensar prejuízos financeiros também distintos, não havendo, portanto, que se falar em concomitância de multas.

Acórdão paradigma nº 1202-000.964, de 2013:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2005, 2006, 2007, 2008

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A incidência de multa isolada, aplicável na hipótese de falta de pagamento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL, não elide a aplicação concomitante de multa de ofício, calculada sobre diferenças do IRPJ e da CSLL devidos na apuração anual, por observarem previsões legais específicas.

[...].

A recorrente alega que a multa isolada sobre a falta de recolhimento de estimativa não poderia ser exigida após o fim do período anual, quando já se conhece o lucro real; e que não poderia haver a exigência de multa isolada e multa de ofício de 75% exigida juntamente com o tributo, sob pena de haver cumulação de penalidades em decorrência do mesmo fato jurídico. Sem razão, como se demonstrará.

[...].

A tese alegada pela recorrente, de que não incide multa isolada por falta de recolhimento de estimativas concomitantemente com a apuração de multa de ofício sobre o tributo apurado ao final do ano calendário, embora adotada por boa parte dos membros deste Conselho, data venia, não merece ser reconhecida.

[...].

Nesse sentido, a nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, que alterou o percentual da multa isolada por falta de recolhimento das estimativas, de 75% para 50%, veio apenas reforçar essa distinção.

No que se refere a essa segunda matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que as multas isoladas devem ser canceladas na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício de IRPJ e CSLL, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1802-001.408, de 2012, e 1202-000.964, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que, a partir do ano-calendário de 2007, é cabível a aplicação concomitante da multa de ofício e da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, uma vez que não há, no Direito Tributário, algo semelhante ao Princípio da Consunção (Absorção) do Direito Penal e não há entre as estimativas e o tributo devido no final do ano uma relação de meio e fim, ou de parte e todo (porque a estimativa é devida mesmo que não haja tributo devido), e uma vez que estamos diante de penalidades distintas previstas para diferentes situações/fatos (primeiro paradigma apontado) e que a incidência de multa isolada, aplicável na hipótese de falta de pagamento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL, não elide a aplicação concomitante de multa de ofício, calculada sobre diferenças do IRPJ e da CSLL devidos na apuração anual, sendo que a nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, ao art. 44 da

Lei nº 9.430/96, [...], veio apenas reforçar essa distinção (segundo acórdão paradigma).

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização das divergências de interpretação suscitadas.

Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROPONHO seja ADMITIDO o Recurso Especial interposto.

A PGFN afirma a *indedutibilidade do ágio amortizado*, observando que a *Fiscalização apurou que o ágio foi pago com base no valor de mercado do fundo de comércio alienado pelo grupo CITIBANK*, mas o *Colegiado a quo* entendeu que no caso o ágio foi regularmente apurado, por considerar que não poderia o fisco questionar o conjunto avaliado para definição da rentabilidade futura das participações societárias transferidas. Contudo, julgando exatamente a mesma operação, outro Colegiado do CARF decidiu de forma diametralmente oposta no paradigma nº 1301-002.430, considerando que não restou comprovado que o fundamento econômico do ágio seria a expectativa de rentabilidade futura.

Já quanto a questão do artificialismo das operações societárias engendradas pelo recorrente, a PGFN aponta o paradigma nº 1402-001.029 que analisando operação semelhante à analisada pelo acórdão recorrido afastou a possibilidade de amortização do ágio, entendendo que havia necessidade de avaliar o propósito negocial das operações societárias realizadas, e constatando que as operações revestidas como operações de alienação societária seriam, em verdade alienação de “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas”.

Conclui a demonstração do dissídio jurisprudencial asseverando que:

Nos dois casos os laudos e documentos trazidos aos autos pelo contribuinte demonstram que objetivo real do negócio seria a alienação de fundo de comércio/carteira de clientes. O acórdão apresentado como paradigma da divergência considerara que as alterações societárias foram realizadas com o intuito de tornar dedutível ágio que de outra forma não seria, não alteram a realidade dos fatos. Diferentemente o acórdão recorrido considerou legítima tal operação.

Resta claro, pois, que o(s) órgão(s) prolator(es) do(s) paradigma(s), em análise de casos idênticos/semelhantes, interpretaram o artigo 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97 e o art. 20 alíneas “a” e “c” do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 de modo diverso ao esposado pela E. Turma Ordinária a quo. Chegando, assim, a conclusões distintas sobre ser o ágio em questão dedutível ou não nos termos dos artigos 385 e 386 do RIR/99. (*destaques do original*)

Com referência à possibilidade de aplicação da multa isolada após o encerramento do período-base e de forma concomitante com a multa de ofício, indica que diferentes foram as decisões os acórdãos nº 1802-001.408 e nº 1202-000.964 e conclui:

Como se vê, é manifesta a identidade (ou similitude) fática entre as situações analisadas no acórdão recorrido e no(s) paradigma(s).

Em todos os casos confrontados foi questionada a aplicação da multa isolada prevista no art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, conjuntamente com a multa de ofício no percentual de 75%, lançada com fundamento no art. 44, inciso I da Lei nº 9.430/96, em relação ao ano-calendário de 2007.

Nada obstante a identidade fática dos casos confrontados, os Colegiados adotaram entendimento jurídico divergente.

O mesmo contexto fático-jurídico desenhado no acórdão recorrido foi apresentado nos paradigmas indicados.

No presente caso, a autuação refere-se aos períodos de apuração de 01/01/2011 a 31/12/2014.

O acórdão ora recorrido, proferido pela e. Turma Ordinária *a quo*, afastou a aplicação da multa isolada prevista no art. 44, II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, por considerar ilegítima a incidência da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas concomitantemente com a multa de ofício. Concluiu a decisão combatida que deveria ser aplicado ao caso o princípio da consunção.

Por outro lado, os Acórdãos Paradigmas entenderam ser plenamente possível a cominação da penalidade, em razão do não recolhimento das estimativas, tendo como base de cálculo os resultados mensais apurados pelo contribuinte, mesmo após o encerramento do ano-calendário.

Em relação à aplicação concomitante da multa isolada com a multa de ofício, não foi adotada pelos arestos adotados como parâmetros de divergência tese no sentido de que haveria bis in idem. Tampouco foi acatada a possibilidade de aplicação do princípio da consunção, próprio do Direito Penal.

Conforme a tese esposada nos acórdãos indicados como parâmetros de divergência, a multa de ofício decorre da omissão de rendimentos tributáveis, enquanto a multa isolada decorre do não cumprimento, pelo contribuinte, do regime de antecipação mensal do pagamento do imposto. Constituem, portanto, penalidades diversas.

A multa prevista no art. 44, II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96 é devida, seja na forma isolada, seja conjuntamente com a multa de ofício, mesmo com o período de apuração já encerrado, pois é justamente porque a estimativa não é exigível como obrigação principal (tributo), que foi instituída uma multa isolada (ou seja, exigida sem que o principal fosse exigido), para justamente penalizar as pessoas jurídicas que, apesar de optantes pela sistemática de apuração do Lucro Real Anual, descumprem, no curso do ano-calendário, a obrigação de apuração e recolhimento das antecipações mensais obrigatórias, nos termos da legislação em vigor, sendo que sua incidência não tem fundamento na exigibilidade das estimativas mensalmente devidas, porque as estimativas não são exigíveis, sequer no curso do ano-calendário.

Importante ressaltar que os precedentes que renderam azo à aprovação do enunciado nº 15 da Súmula do CARF (“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”), trataram de lançamentos relativos a fatos geradores ocorridos anteriormente à entrada em vigor da Medida Provisória n. 351 de 2007, convertida na Lei n. 11.488 de 2007.

Cabe notar ainda que os paradigmas analisaram a questão à luz do disposto na Medida Provisória n. 351, convertida na Lei n. 11.488 de 2007.

Todavia, de forma diversa da decisão ora combatida, concluíram que a nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, elaborada a partir da vigência das MP nº 303, de 2006, e 351, de 2007, e da Lei nº 11.488, de 2007, ao instituir um percentual distinto e menos gravoso em relação ao aplicável ao descumprimento da obrigação tributária principal (IRPJ e CSLL devidos na apuração anual) veio aperfeiçoar o preceito normativo acerca da incidência da multa isolada, por falta de recolhimento das estimativas mensais, explicitando o seu caráter de obrigação acessória. Sob a vigência da redação original da Lei nº 9.430, de 1996, e ainda atualmente, com a redação da Lei nº 11.488 de 2007, a multa isolada deve ser aplicada à pessoa jurídica, sujeita à tributação com base no lucro real, e optante pelo pagamento do IRPJ e da CSLL, em cada mês, determinados sobre bases de cálculo estimadas, por descumprimento da obrigação de antecipar o IRPJ ou a CSLL mensalmente devidos; e deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença da antecipação do IRPJ e da CSLL, mensalmente devida e não recolhida.

Diante desse contexto, é cristalina a demonstração de divergência acerca do disposto no art. 44, incisos I e II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96; arts. 97, 108 172, do CTN; art. 14 da MP 351, convertida na Lei 11.488/2007.

Fica claro, portanto, que diante da mesma situação fática discutida no acórdão recorrido e no(s) paradigma(s) foi dada solução jurídica diversa pelos órgãos julgadores.

Pelo exposto, afiguram-se presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial segundo as disposições do art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

No mérito, afirma a correção da acusação fiscal sob os seguintes fundamentos:

Não obstante a tese exposta pelo contribuinte, compulsando os autos, é possível ver claramente que a conclusão fiscal é o posicionamento mais correto. Isso porque, como será aqui ratificado, **o grupo LEGG MASON não adquiriu do grupo CITIBANK duas empresas, mas sim um fundo de comércio, razão pela qual não há como o ágio ser dedutível nos termos da legislação aplicável.**

a) Breve histórico das operações societárias.

A fim de propiciar uma compreensão livre de qualquer dúvida sobre as razões que levam à indedutibilidade do ágio amortizado, serão descritas em ordem cronológica as operações societárias que envolvem o registro, amortização e dedução da “mais valia” objeto da presente lide.

- **23/06/2005** – o grupo CITIBANK celebra com o grupo LEGG MASON um “contrato de operações”, por meio do qual o primeiro grupo se comprometeu a transferir ao segundo **“a totalidade do negócio de gestão de ativos global atualmente operado como Citigroup Asset Management (CAM)”**.
- **25/08/2005** – o BANCO CITIBANK S/A adquire participação em duas empresas, com capital social de R\$ 500,00, **e separa sua atividade de gestão de recursos de terceiros entre essas duas empresas da seguinte forma**: para a CITIFUNDOS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA transfere todos os ativos e passivos referentes à carteira de renda variável; para a CITIPORTFÓLIO ASSET MANAGEMENT transfere todos os ativos e passivos relacionados à carteira de renda fixa.
- **30/09/2005** – a empresa estrangeira LEGG MASON INC adquire participação nas empresas brasileiras: LEGG MASON PARTICIPAÇÕES e WESTERN ASSET E PARTICIPAÇÕES LTDA (também constituídas com capital social de R\$ 500,00).
- **28/11/2005** – a LEGG MASON INC aumenta o capital da LEGG MASON PARTICIPAÇÕES e da WESTERN ASSET, mediante a transferência de dinheiro, em R\$ 155.988.205,00 e R\$ 41.565.584,00, respectivamente.
- **01/12/2005** – nessa data ocorrem duas aquisições: a LEGG MASON PARTICIPAÇÕES adquire do BANCO CITIBANK a totalidade das quotas da CITIFUNDOS por R\$ 155.394.956,57, e a WESTERN ASSET adquire a totalidade das quotas da CITIPORTFÓLIO por R\$ 41.407.638,13. Em face dessa operação, a LEGG MASON PARTICIPAÇÕES registra um ágio de rentabilidade futura no valor de R\$ 154.816.956,57, e a WEST ASSET outro de R\$ 39.629.638,13. A fim de justificar o fundamento econômico desses ágios, o grupo LEGG MASON solicitou a elaboração de dois laudos, **os quais atestam o valor das empresas adquiridas com base no “negócio” que originalmente foi transferido pelo grupo CITIBANK (gestão de recursos de terceiros)**.
- **31/12/2005** – a CITIFUNDOS incorpora a LEGG MASON PARTICIPAÇÕES e a WESTERN ASSET a CITIPORTIFÓLIO. Em razão dessas incorporações, a CITIFUNDOS e a WESTERN ASSET passam a amortizar e deduzir os ágios registrados nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.
- **31/05/2006** – a CITIFUNDOS incorpora a WESTERN ASSET.

Portanto, com base nessa sequência de operações societárias, a Fiscalização corretamente apurou que, **em que pese o grupo LEGG MASON ter adquirido duas empresas, houve na verdade a aquisição de um fundo de comércio (negócio de gestão de ativos de terceiros)**.

b) Do real objeto da negociação firmada entre os grupos CITIBANK e LEGG MASON.

Em que pese a presente celeuma envolver o fundamento econômico do ágio amortizado, na realidade, o cerne da controvérsia reside no objeto da operação que deu ensejo ao registro dessa “mais valia”. Assim, antes de ser tecida qualquer conclusão acerca da razão econômica que pautou o pagamento do ágio, **deve-se delimitar o objeto do negócio firmado entre os grupos CITIBANK e LEGG MASON.**

Compulsando os elementos constantes dos autos, mormente os documentos **trazidos pelo próprio contribuinte**, vê-se claramente que, ao contrário do que defende o autuado, **o objeto do denominado “contrato de operações” não era formado por uma, duas ou qualquer empresa do grupo CITIBANK, mas sim por uma atividade que era desenvolvida por esse grupo.**

Tal como destacado no breve relatório das operações societárias, **tal atividade envolvia a gestão de recursos de terceiros (renda variável e renda fixa), a qual, enquanto desenvolvida pelo grupo CITIBANK, era denominada pelo nome de “Citigroup Asset Management” (CAM), e cujos ativos e passivos eram detidos pelas empresas BANCO CITIBANK S/A e CITIBANK DTVM.**

Portanto, da leitura de inúmeros documentos trazidos pelo próprio contribuinte, vê-se claramente que o objeto da negociação estabelecida entre os grupos não fora qualquer empresa do grupo CITIBANK, **mas sim o seu negócio de gestão de recursos de terceiros, o qual era formado por ativos permanentes, circulantes, passivos, mão-de-obra, clientela, marca, etc.**

A fim de demonstrar que a conclusão ora exposta se encontra claramente disposta nos documentos constantes do presente processo, serão citados determinados trechos de alguns deles. Nesse diapasão, cita-se, em primeiro lugar, a seguinte passagem do “contrato de operações” (fl. 1731):

“Negócio do CAM” significa o negócio de gestão de ativos do Citigroup descrito sob o título “Gestão de Ativos” na página 4 do Formulário 10-Q do Citigroup para o trimestre encerrado em 31 de março de 2005 apresentado à SEC, excluindo (a) o negócio de gestão de ativos do Citigroup (“BM”) e o negócio de prestação de serviços de aposentadoria Banamex do Citigroup no México, (b) os negócios de fabricação de gestão de ativos domésticos do Citigroup na Colômbia, Argentina e Coreia, (c) o negócio de prestação de serviços de aposentadoria do Citigroup na América Latina (“LARS”). (d) a participação do Citigroup na Citistreet, (e) o banco privado do Citigroup “Tailored Portfolio Group”, (f) a operação da agência de transferência do Citigroup para a família Smith Barney de Sociedades de Investimento Registradas, (g) as participações em capital inicial e proprietárias em produtos de investimento do CAM, (h) o negócio de administração de fundos para os Fundos Não Registrados de Luxemburgo, (i) o negócio conduzido segundo o contrato de supervisão entre LARS e BM e (i) o negócio de administração do fundo “Travelers Series Trust”, com os resultados de operações desse negócio de gestão de ativos (após essas

exclusões terem efeito) sendo refletidos na demonstração do resultado combinado não auditada pro forma para esse negócio para os três meses encerrados em 31 de março de 2005 e a posição financeira desse negócio de gestão de ativos (após essas exclusões terem efeito) sendo refletida no balanço patrimonial combinado não auditado pro forma para esse negócio em 31 de março de 2005 (em cada caso conforme fornecido à Legg Mason em conformidade com a Cláusula 4.12(a)). Para se evitar dúvidas, o Negócio do CAM deverá incluir o negócio e as operações das Subsidiárias do CAM (ou qualquer parte destas) descritos na sentença imediatamente precedente e deverá excluir todos os outros negócios e operações do Citigroup e suas Afiliadas. (grifo nosso)

De acordo com o “contrato de distribuição global”, o qual fora firmado em conjunto com o “contrato de operações” (fl. 1751):

CONSIDERANDO que a Legg Mason e o Citigroup celebraram um Contrato de Operações datado de 23 de junho de 2005 ("Contrato de Operações") no qual o Citigroup vendeu à Legg Mason substancialmente a totalidade de seu negócio de gestão de ativos global atualmente operado como Citigroup Asset Management ("CAM"), e a Legg Mason vendeu o negócio de PC/CM, incluindo o negócio de clientes privados da Legg Mason ("Negócio de PC/CM") para o Citigroup (a "Operação"); (grifo nosso)

Os contratos por meio dos quais o BANCO CITIBANK e o CITIBANK DTVM dividiram o negócio do grupo CITIBANK de gestão de recursos de terceiros e o transferiu às empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO assim previram (fls. 1836 e 1951):

[fl. 1836]

CONSIDERANDO QUE o Citigroup Inc. ("Citigroup"), entidade controladora indireta do BANCO CITIBANK, celebrou um Contrato de Operação na data de 23 de junho de 2005 (e demais alterações, o "Contrato de Operação") com a Legg Mason, Inc. ("Legg Mason"), de acordo com o qual o Citigroup Inc. se obriga a vender, substancialmente, todo o seu negócio mundial de gestão de ativos ("CAM") para a Legg Mason. Todos os termos em letra maiúscula utilizados neste Contrato e não definidos de outra forma neste terão os respectivos significados indicados no Contrato de Operação;

--- omissis ---

1.1. De acordo com os termos e condições previstos neste Contrato, o BANCO CITIBANK, por meio deste, realiza a cessão para a CITI FUNDOS e esta neste ato assume e aceita, a partir desta data ("Data de Transferência"), todo o ativo ("Ativo") e passivo ("Passivo") indicado no Anexo I a este Contrato.

[fl. 1951]

1.1. De acordo com os termos e condições previstos neste Contrato, a CITIBANK DTVM, por meio deste, realiza a cessão, por seus respectivos valores patrimoniais, para a CITI PORTFÓLIOS e esta neste ato aceita, a partir desta data ("Data de Transferência"), os recebíveis descritos no Anexo 1 do presente Contrato ("Ativos") no valor de R\$1.511.709,33 (um milhão, quinhentos e onze mil e setecentos e nove reais e trinta e três centavos). (grifos nossos)

Por último, vale destacar a informação prestada pelo contribuinte durante o período de fiscalização em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 001, de 02 de fevereiro de 2009 (fl. 175 e seguintes):

[fls.181]

Em meados de 2005, o Grupo Citibank e o Grupo Legg Mason efetuaram uma negociação internacional, por meio da qual o Grupo Citibank transferiu para o Grupo Legg Mason todo o seu negocio de gestão de recursos no mundo (inclusive no Brasil) e recebeu em troca as operações da corretora e do banco de investimento. Com isso, a Legg Mason passou a ter operações somente na área de administração de recursos de terceiros (asset management), com presença global.

No Brasil, até antes da transação efetuada com o Grupo Legg Mason, o negócio de administração de recursos de terceiros era executado por uma área interna no Citibank, vinculada à Citibank DTVM.

A fim de possibilitarem a transferência de suas linhas de negocio no Brasil ao Grupo Legg Mason, o Banco Citibank S.A. e a Citibank DTVM, transferiram a totalidade dos ativos e passivos relativos à atividade de administração de recursos de terceiros às empresas O.C.F.S.P.E. Empreendimentos e Participações Ltda (Doc. nº 1.1), que teve a sua razão social alterada para Citi Fundos Asset Management Ltda. (Doc. nº 1.2) e L.M.R.S.P.E. Empreendimentos e Participações Ltda. (Doc. nº 4.1.2), posteriormente denominada Citi Portfolio Asset Management Ltda. (Doc. nº 4.2.2).

Essas duas empresas foram constituídas pelo Grupo Citibank para atender a estrutura mantida pelo Grupo Legg Mason ao redor do mundo que, de forma geral, está organizado em dois segmentos: administração de ativos de renda variável (em geral sob o controle da "bandeira" Legg Mason) e administração de ativos de renda fixa (sob a "bandeira" Western Asset).

Deste modo, a fim de formalizar a aquisição dos negócios de administração de recursos de terceiros do Grupo Citibank, na ocasião já concentrados nas empresas Citi Fundos Asset Management Ltda. e Citi Portfolio Asset Management Ltda., o Grupo Legg Mason adquiriu no Brasil duas empresas: V.H.R.S.P.E. Empreendimentos e Participações Ltda. (Doc. nº 4.1.3), posteriormente denominada Legg Mason Participações Ltda. (Doc. nº

4.2.3) e P.D.R.S.E. Empreendimentos e Participações Ltda. (Doc. n° 4.1.1), posteriormente denominada Western Asset Participações Ltda. (Doc. n° 4.2.1).

--- omissis ---

É importante enfatizar que não fez parte da transação a transferência pelo Grupo Citibank da sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários (DTVM), empresa na qual estavam associados os negócios de administração de recursos de terceiros no Brasil. Assim, o Grupo Legg Mason iniciou as atividades de administração de recursos de terceiros no Brasil por meio de empresas não financeiras. (grifo nosso)

Desta feita, como dito, pelos documentos e informações **fornecidas pelo próprio contribuinte**, vê-se que o negócio estabelecido entre os grupos tinha por objeto o **negócio de gestão de recursos de terceiros do grupo CITIBANK, o qual era exercido pelas empresas CITIBANK DTVM e o BANCO CITIBANK S/A.**

Portanto, não era interesse do grupo LEGG MASON adquirir as empresas CITIBANK CTVM e o BANCO CITIBANK, mas apenas tal atividade de gestão de ativos.

E mais, **dentre as várias atividades desenvolvidas pelo grupo CITIBANK**, pelo acordo firmado com o grupo LEGG MASON, foi transferido apenas **o seu negócio de gestão de ativos**. Nesse diapasão, tal como foi destacado no próprio “contrato de operações”, **ao delimitar a abrangência da atividade que seria transferida, foram excluídos outros negócios:** gestão de ativos do Citigroup (“BM”), prestação de serviços de aposentadoria Banamex do Citigroup no México, fabricação de gestão de ativos domésticos do Citigroup na Colômbia, Argentina e Coréia, prestação de serviços de aposentadoria do Citigroup na América Latina (“LARS”), etc.

Assim, em que pese o grupo CITIBANK ter transferido tal atividade de gestão de ativos para duas novas empresas, e o contribuinte afirmar que o grupo LEGG MASON adquiriu essas empresas, **os fatos demonstram que, na realidade, houve a aquisição de um fundo de comércio**. Repetindo o conceito de fundo de comércio estabelecido pelo recorrente, **todos os documentos deixam claro que o grupo LEGG MASON adquiriu do grupo CITIBANK o conjunto de bens tangíveis e intangíveis relacionados a sua atividade de gestão de ativos.**

Dessa forma, **vale repetir novamente a declaração realizada pelo contribuinte à Fiscalização segundo a qual, não houve a transferência de qualquer empresa do grupo CITIBANK, mas apenas o negócio de administração de recursos de terceiros no Brasil.**

No entanto, na sua insistência de defender o indefensável, o contribuinte afirma que os laudos trazidos aos autos atestam que o grupo LEGG MASON adquiriu duas empresas, e que, portanto, o fundamento econômico do ágio fora pautado na rentabilidade futura dessas sociedades, e não no valor do fundo de comércio.

Pois bem. Identificado que o objeto do acordo não foram tais empresas, mas sim uma atividade (todos os ativos e passivos relativos a um negócio), parte-se à análise dos laudos que apuraram a rentabilidade das sociedades por meio das quais essa atividade foi transferida. Após esse estudo, será possível aferir **se os laudos são hábeis a alterar o objeto do contrato estabelecido entre as partes.**

c) Do verdadeiro objeto de valoração dos laudos trazidos pelo contribuinte.

Conforme ressaltado no item anterior, uma das principais alegações apresentadas pelo contribuinte a fim de defender a dedutibilidade do ágio por ele amortizado abrange o fato de que os laudos por ele trazidos atestam o fundamento econômico da “mais valia” na rentabilidade futura das empresas adquiridas. Portanto, segundo ele, os laudos provam que o ágio cumpre o requisito à dedutibilidade previsto na Lei nº 9.532/1997.

No entanto, em que pese a insistência do recorrente, sua tese não merece prosperar, e por uma simples razão: **da leitura dos referidos laudos, vê-se de forma clara que eles não apuraram o valor das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, mas sim o valor do negócio de gestão de ativos que antes pertencia ao grupo CITIBANK.**

Nesse diapasão, tal como feito pela Fiscalização, destaca-se o seguinte trecho que é comum aos dois laudos:

II – DESCRIÇÃO DA EMPRESA

O Citigroup Asset Management - CAM - detém, sob sua administração, cerca de 70 carteiras distribuídas em 14 categorias diferentes. Segundo dados de outubro da ANBID, a gestora do Citibank tem um montante de recursos de cerca de R\$28,9 bilhões sob administração e ocupa a nona colocação entre os maiores do setor, respondendo por 3,97% do mercado brasileiro.

*O CAM foi recentemente desmembrado em duas empresas, o Citiportfolio, cujo produto são as carteiras administradas, contando com cerca de 70 clientes individuais, principalmente fundos de pensão; e o Citifundos, que tem como produto os fundos de investimento, contando com aproximadamente 100.000 clientes, incluindo varejo, geridas tanto exclusivamente quanto conjuntamente. **Uma vez que o Citifundos é uma empresa recém-criada, não dispõem de histórico próprio, de forma que a análise feita a seguir refere-se ao CAM como um todo.***

***Historicamente, o CAM tem apresentado** crescimento de suas receitas e do patrimônio administrado, como demonstram os gráficos abaixo:*

--- omissis ---

O CAM revela ter como principais clientes o varejo e os clientes institucionais, ou fundos de pensão, conforme demonstra o gráfico abaixo: (...) (grifo nosso)

Diante do elucidativo trecho dos laudos, é possível identificar de forma inequívoca qual o seu real objeto de análise. Ao contrário do que defende o recorrente, os laudos não apuraram o valor de mercado das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, mas sim o valor de mercado da atividade de gestão de ativos do grupo CITIBANK, por ele denominada por CAM, tal como feito no “contrato de operações”.

Nesse sentido, os laudos, ao descreverem as “empresas” a serem avaliadas, destacam expressamente que o objeto de análise não seria as empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, mas sim o negócio denominado CAM. Os laudos ressaltam que, ao contrário das empresas supostamente avaliadas, o CAM possui histórico, receitas, despesas, ativos e passivos, cujo estudo permite a apuração de resultados futuros.

Com base no trecho do Acórdão nº 1201-00.548 citado pelo recorrente no recurso voluntário, vê-se que, no presente caso, os laudos trazidos destacaram que as “empresas” avaliadas NÃO APRESENTAVAM “resultados passados, de tendência de mercado, de mudanças de estratégias, aplicações de recursos, investimentos”. Todos esses aspectos analisados pelos laudos diziam respeito à atividade avaliada (CAM).

Portanto, destaca-se que, não obstante o fato de que os laudos indicaram o valor de rentabilidade futura das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, na realidade esses documentos apuraram o valor de mercado da atividade de gestão de ativos do grupo CITIBANK. E tal valor de mercado desse fundo de comércio foi apurado com base na rentabilidade futura que ele próprio poderia gerar.

Contudo, o valor de mercado de um negócio com base em sua rentabilidade futura não pode ser confundido com o valor de mercado da sociedade que exerce esse negócio. Isso porque, tal como destacou o recorrente em sua peça, a avaliação de uma sociedade leva em consideração outros elementos mais abrangentes.

Por exemplo, antes de ser transferido ao grupo LEGG MASON, a atividade de gestão de ativos de terceiros era exercida pelas empresas CITIBANK DTVM e BANCO CITIBANK. Assim, nessa época, a rentabilidade futura dessa atividade não se confundia com a rentabilidade das empresas que a exerciam. Tal como fora destacado nos contratos celebrados, tais empresas desenvolviam muitos outros negócios, o que proporcionava resultados muito mais abrangentes que apenas uma de suas atividades.

Assim, voltando aos laudos, uma coisa seria se eles, ao apurarem o valor das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, tivessem destacados elementos próprios dessas empresas que permitissem aferir os seus resultados futuros.

No entanto, da forma como os laudos foram elaborados, vê-se que eles não avaliaram qualquer empresa. Pelo contrário, ao descreverem as sociedades que

iriam analisar, destacaram que estavam avaliando apenas uma atividade, a qual tivera sido recentemente dividida e transferida a essas empresas.

E, ao contrário do que defende o recorrente, **tal conclusão sobre o real objeto de análise dos laudos não exige a sua desconsideração, pois ela decorre da leitura dos próprios documentos. São os próprios laudos que demonstram que, em que pese indicarem o valor de sociedades, na verdade avaliaram uma atividade.**

Assim, como base nesses documentos, **confirma-se o que fora estabelecido entre as partes.** Em razão da negociação da atividade de gestão de ativos de terceiros, o seu valor de mercado fora apurado com base na sua rentabilidade futura.

Portanto, **os laudos também atestam** que não houve a aquisição de duas empresas pelo grupo LEGG MASON, mas sim de um fundo de comércio. Tais documentos não apuraram a rentabilidade futura das sociedades, mas sim os resultados futuros da atividade que estava sendo transferida.

Ante o aqui exposto, que o grupo LEGG MASON adquiriu um fundo de comércio (atividade de gestão de ativos de terceiros) do grupo CITIBANK, e que os laudos trazidos ao processo atestam o valor desse fundo, demonstra-se a exatidão do lançamento.

Com efeito, **o ágio amortizado pelo contribuinte não fora pago com base na rentabilidade das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, mas sim no valor de mercado do fundo de comércio transferido, o qual foi apurado com base na sua rentabilidade futura.** E, portanto, **tendo sido pago com base no valor do fundo de comércio, tal “mais valia” não é dedutível nos termos da Lei nº 9.532/1997.**

Ao contrário do que afirma o recorrente, o grupo LEGG MASON não adquiriu duas empresas e pagou o ágio com base nas suas rentabilidades futuras, **mas apenas uma atividade das tantas que eram exercidas pelo grupo CITIBANK e cujo valor de mercado fora apurado com base em sua rentabilidade futura.**

Diferente seria se o grupo CITIBANK tivesse, por exemplo, transferido ao grupo LEGG MASON o CITIBANK DTVM ou o BANCO CITIBANK. Nessa hipótese, efetivamente teriam sido transferidas duas empresas que, **além do negócio de gestão de ativos de terceiros, possuíam elementos próprios que permitiriam a apuração dos seus resultados futuros, e não apenas de uma única atividade.**

Mas não, **como confessadamente não era interesse do grupo CITIBANK transferir qualquer empresa,** mas apenas uma atividade específica, os grupos optaram por, ao transferir essa atividade, **fazer parecer que estavam negociando duas sociedades.** Dessa forma, o adquirente registraria dois ágios passíveis de dedução que, na realidade, **sequer deveriam existir.**

Diz-se que esses ágios sequer deveriam existir, pois, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, **o registro de um ágio decorre apenas da negociação de uma participação societária. Ou seja, a transferência de um fundo de comércio por si**

só não permite o registro de uma “mais valia”, haja vista que, não havendo participação societária, não há como aplicar o MEP.

No entanto, como dito, os grupo CITIBANK e LEGG MASON orquestraram uma forma de transformar a negociação de um fundo de comércio em uma negociação de duas empresas.

Para tanto, **ao invés de adquirir de forma direta a atividade de gestão de ativos de terceiros do grupo CITIBANK (ativo intangível), o grupo LEGG MASON solicitou que tal atividade fosse primeiro transferida a duas empresas, as quais, ao serem valoradas por rentabilidade futura, permitiriam o surgimento de dois ágios passíveis de dedução.**

Todavia, o grupo LEGG MASON se olvidou que tal aparência não pode ser oposta contra o Fisco. **Não é possível alegar a validade de tal formalidade se os fatos e documentos demonstram que na realidade não houve a aquisição de duas sociedades, mas sim de um fundo de comércio.**

Nesse diapasão, destaca-se que, tal como ressaltado pelo contribuinte em seu recurso voluntário, **efetivamente o fundamento econômico de um ágio deve corresponder ao seu real motivo.** Sendo assim, no presente caso, tendo sido apurado que a “mais valia” fora paga com base no valor de mercado de um fundo de comércio, não é possível aceitar que **essa verdade seja alterada pela simples interposição de pessoas jurídicas.**

Não cabe ao contribuinte **alterar a verdade** pelo simples fato de que solicitou a elaboração de dois laudos, os quais, contudo, em que pese terem apurado a rentabilidade futura das sociedades, **destacam que na verdade estavam avaliando o fundo de comércio que seria negociado.**

Assim, **o fundamento econômico de um ágio não pode ser escolhido pelo contribuinte, mas sim decorrer da realidade dos fatos.** Se uma empresa adquiriu uma participação societária, é possível que esta operação dê ensejo a um ágio dedutível. Agora, se houve a aquisição de um ativo intangível (fundo de comércio), de antemão já se sabe que sequer seria possível o registro de um ágio, quanto mais dedutível.

Na tentativa de defender as operações realizadas, o recorrente afirma que os laudos avaliaram as empresas como um todo, sendo que não fora analisado somente o fundo de comércio que antes pertencia ao grupo CITIBANK, mas sim outros elementos das sociedades.

Todavia, **o contribuinte apenas alega tal fato de forma genérica, não o demonstra.** Ele não comprova quais seriam os outros elementos das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO além do negócio intitulado CAM e que afetaram as suas avaliações. Provavelmente o contribuinte não faz tal prova ante a sua inexistência, ou até mesmo porque, **se fossem demonstrados esses outros elementos, o contribuinte iria de encontro com o próprio conteúdo dos laudos**

(os quais destacaram que essas empresas não possuíam quaisquer outros elementos).

Assim, como já dito anteriormente, não foi necessário à Fiscalização desconstituir a conclusão dos laudos ou desconsiderar as operações societárias realizadas. Isso porque os próprios laudos e outros documentos atestam que houve a negociação de um fundo de comércio. Da forma como os laudos foram elaborados, pergunta-se: por que a Fiscalização teria que elaborar um novo laudo a fim de demonstrar o valor do fundo de comércio transferido se os laudos trazidos pelo contribuinte já o fazem?

Respondendo a alegação do recorrente, a Fiscalização não estabeleceu o verdadeiro fundamento econômico do ágio com base em uma presunção, mas sim com supedâneo nos próprios laudos que foram elaborados.

No que tange à alegação do recorrente de que, como a validade das operações societárias não foi questionada, a Fiscalização não pode desconsiderá-las, volta-se a destacar que os Auditores apenas constataram, com base nas próprias operações, que o ágio amortizado não fora pago com base na rentabilidade futura de participações societárias. Todas as operações realmente são válidas, contudo, não proporcionaram uma “mais valia” dedutível de acordo com a lei.

Caso os laudos trazidos pelo contribuinte efetivamente tivessem demonstrado a rentabilidade futura das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, não haveria o que discutir. Contudo, como tais documentos atestam a rentabilidade futura de um fundo de comércio, não há como aceitar que o ágio pago se enquadra no inciso II do parágrafo 2º do artigo 385 do RIR/99.

Por fim, destaca-se o Acórdão nº 1402-001.029, o qual, ao analisar a mesma situação fática ora analisada, entendeu que um ágio decorrente da aquisição de um ativo intangível, transferido antes para uma participação societária, não é dedutível nos termos da Lei nº 9.532/1997.

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007, 2008 LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. O cerceamento de direito de defesa ocorre quando o sujeito passivo teve prejudicado seu acesso ao processo fiscal, no qual encontram-se as informações que norteiam o lançamento a ser contestado, ou se a descrição dos fatos é insuficiente ou deficiente, de tal forma, a impedi-lo de apresentar impugnação. Situações estas que não se encontram nos presentes autos. Erros na determinação das bases de cálculos, devidamente comprovados, podem ser corrigidos e não implicam em nulidade do lançamento. **GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AQUISIÇÃO DE CARTEIRA DE CLIENTES. Inadmissível a amortização de ágio gerado a partir de planejamento fiscal irregular que transformou a aquisição de uma carteira de clientes em uma empresa formalmente constituída para esse fim.** MULTA DE OFÍCIO ISOLADA NA FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. É inaplicável a penalidade quando há concomitância com a*

multa de ofício sobre o ajuste anual. RECURSO DE OFÍCIO. VALOR DA EXIGÊNCIA. LANÇAMENTO A MAIOR. Constatado nos autos que o valor relativo à CSLL e da multa isolada por falta de pagamento da estimativa de IRPJ, foram lançados em valor maior que o efetivamente devido, deve ser exonerada em parte a exigência. JUROS DE MORA. Correta a exigência juros de mora à taxa Selic sobre o principal (Sumula 4 do CARF). Por sua vez, sobre a multa de ofício, os juros devem ser de 1% ao mês, limitado à taxa Selic. Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido em Parte (grifo nosso)

[...] (destaques do original)

No que concerne à aplicação da multa isolada após o encerramento do período-base e de forma concomitante com a multa de ofício, observa que a Contribuinte optou pela apuração anual e assim se sujeitou ao recolhimento mensal das estimativas, descumprindo esse regime ao deixar de recolhê-las integralmente sem justificativa em balancetes de suspensão ou redução.

Discorda da cogitação de que o Fisco estaria exigindo duas multas sobre uma única infração ou estaria ocorrendo no caso uma “dupla punição”, porque as infrações apenadas pela chamada “multa de ofício” e pela “multa isolada” são diferentes. **A multa de ofício decorre do não pagamento de tributo pelo contribuinte. Já a multa isolada decorre do descumprimento do regime de estimativa.**

Observa que nada impede que dessas infrações resultem penalidades distintas: da infração às normas de determinação do lucro real decorre a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, enquanto que do descumprimento da sistemática de pagamento do IRPJ e da CSLL sobre base de cálculo estimada decorre a multa isolada prevista no art. 44, II, alínea “b” da mesma Lei, sendo que a multa de ofício somente será devida caso exista imposto a pagar por ocasião do Ajuste Anual. Por outro lado, a multa isolada será devida ainda que, ao final do período, não reste imposto a recolher, já que a infração da qual resulta essa multa consiste, simplesmente, no descumprimento da sistemática de pagamento por estimativa do IRPJ e CSLL, não possuindo qualquer relação com o pagamento em si do imposto. É o que se extrai do art. 44, II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, segundo o qual a multa isolada será devida ainda que o contribuinte tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente.

Conclui que com a multa isolada o contribuinte está sendo penalizado por não auxiliar a União a fazer frente às despesas incorridas no decorrer dos anos, pelo regime de pagamento de estimativas, e não, propriamente, por não pagar o IRPJ e a CSLL, até por que, como se percebe da Lei nº 9.430/96, tal multa será devida ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para tais tributos.

Acrescenta que a multa de ofício e a multa isolada possuem bases de cálculos distintas. Com efeito, a multa de ofício deve incidir sobre o tributo efetivamente devido pelo sujeito passivo, que, no caso, é apurado no momento em que ocorre o Ajuste Anual. Já a multa isolada deve incidir sobre as bases de cálculo estimadas. Essas antecipações, como o próprio nome diz, não equivalem ao tributo efetivamente devido, mas, consoante a jurisprudência pacificada neste Conselho Administrativo, são

meros adiantamentos do tributo, que será calculado ao final do ano. Como se sabe, nem sempre o conjunto dessas antecipações pagas equivalerá ao tributo efetivamente devido, já que, no cálculo do tributo, feito por ocasião do Ajuste Anual, o contribuinte poderá deduzir determinadas despesas incorridas no decorrer do ano.

Em seu entendimento, *se não há nenhuma dúvida de que o recorrido cometeu o ilícito acusado pela fiscalização, como deflui pelo próprio teor da decisão hostilizada e dos elementos colacionados aos autos, não há que se falar em dispensa da punição, apenas porque do contribuinte autuado já havia sido exigida multa em decorrência de outro ilícito. Essa não pode ser a ratio da Lei nº 9.430/96. Refere decisão do TRF/5ª Região em favor de sua argumentação, e prossegue:*

Por outro lado, o Código Tributário Nacional prevê, em seu art. 97, o seguinte, *verbis*:

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades”

O fato de estar sendo exigido do contribuinte a multa de ofício decorrente do não pagamento de tributo não impede a incidência da multa prevista no art. 44, II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96, uma vez que a lei não dispensa a cobrança de penalidade nesses casos. Sob essa ótica, vê-se que a e. Turma *a quo* criou nova hipótese de dispensa da multa isolada, não prevista na legislação, qual seja, a cobrança, concomitante, de multa de ofício decorrente do não pagamento do tributo, o que não pode ser admitido.

Diante das considerações acima postas, inegável que a decisão externada pelo órgão recorrido diverge do entendimento sedimentado no seio deste Eg. Conselho Administrativo.

Ademais, infere-se que o órgão recorrido procurou atenuar o suposto “rigor” do art. 44, II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96.

Aqui resta claro o óbice para a dispensa da multa exigida do recorrido. Não há, no presente caso, norma específica que permita ao aplicador da lei relevar a cobrança da multa prevista no art. 44, II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96, atendendo “a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso”.

Como inexistente norma que permita a dispensa da multa prevista no art. 44, II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96 por considerações de equidade, a posição adotada pela e. Turma *a quo* também, portanto, incorre em conflito com o art. 172 do CTN.

Após o advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há sequer espaço para discussão do assunto, em face da clareza do texto legal. Confira-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

Assim, conforme bem pontuou o Conselheiro Antônio Bezerra Neto, relator do acórdão paradigma nº 1401-000.761, o art. 44 da Lei nº 9.430/96 “foi alterado pela lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, dando-lhe nova redação, reduzindo a multa isolada para 50%; bem assim deixando bem claro, se dúvidas haviam, de que a referida multa isolada era cabível no caso de estimativa mensal não paga e não de tributo final não pago”.

Frise-se que até as bases de cálculo das citadas multas foram diferenciadas, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de *bis in idem*. Com efeito, segundo texto dado pela Lei nº 11.488/2007, a base de cálculo da multa isolada pela falta de pagamento da estimativa consiste no valor do pagamento mensal, no percentual de 50%, enquanto a multa pelo lançamento de ofício incide 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, no percentual de 75%.

Ressalte-se que a alteração legislativa promovida no art. 44 da Lei nº 9.430/1996 foi objeto de análise pelo tributarista Marcos Vinícius Neder em artigo intitulado “O regime jurídico da multa isolada sobre estimativas”, publicado na Revista Diálogo Jurídico nº 16/2007, tendo assim exposto suas conclusões:

“Em razão da reiterada jurisprudência administrativa, a Administração Tributária decidiu propor a edição de Medida Provisória para o aperfeiçoamento da legislação sobre a penalidade isolada por falta de pagamento de estimativas. Nesse sentido, foi editada a MP 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei 11.488, de 15 de junho de 2007, que

promove a alteração da redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 no tocante a multa isolada (...).

Vê, portanto, que **nova lei alterou a base de cálculo da multa isolada** (inciso II) que passa a incidir sobre o valor do pagamento mensal de estimativa. **Com isso, a aplicação dessa multa não está mais vinculada ao valor do tributo devido ao final do período de apuração do imposto e passa a ser exigida sobre o valor de omissão de recolhimento de estimativa mensal.**”

Por fim, cabe registrar que a Câmara Superior de Recursos Fiscais já sinalizou ser possível a cobrança concomitante da multa de ofício com a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas após a entrada em vigor da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007. Confira-se, por oportuno, o que ficou registrado no acórdão nº 9101-00.947:

“É necessário destacar que a Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, veio a disciplinar posteriormente a aplicação de multas nos casos de lançamento de ofício pela Administração Pública Federal. A partir de janeiro de 2007, o mencionado art. 44 passou a apresentar a seguinte redação, verbis:

(...)

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. [grifos no original]

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 tornar 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.”

Diante do exposto e considerando que restou plenamente configurado o desrespeito do sujeito passivo ao disposto no art. 44, II, “b” da Lei nº 9.430/96 e, ainda, que o fato gerador do presente feito é posterior ao advento da MP nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007), não há qualquer dúvida sobre a

possibilidade/necessidade de cobrança da multa isolada, exigida em face do não pagamento do tributo devido pelo regime de estimativa.

Tudo considerado, conclui-se que:

- i) é possível a cumulação entre multa de ofício e multa isolada, pois são penalidades distintas que incidem sobre bases de cálculo diversas, mormente em face da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007) na redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96;
- ii) a autoridade autuante agiu de acordo com as normas aplicáveis ao caso, realizando o seu dever de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. *(destaques do original)*

Pede, assim, que o recurso especial seja conhecido e provido para reforma da *decisão recorrida na parte objeto de irresignação.*

Os autos retornaram à Unidade de Origem, que opôs embargos de declaração admitidos, conhecidos e providos parcialmente, sem efeitos infringentes, no Acórdão nº 1401-004.195, *para reconhecer a omissão aventada sobre a aplicação do quanto restou decidido em relação a exigência principal (IRPJ) também para a CSLL, devido à íntima relação de causa e efeito (e-fls. 2680/2684).*

A PGFN foi notificada do acórdão de embargos e reiterou os termos do recurso especial antes apresentado (e-fl. 2686).

Com o retorno à Unidade de Origem, foi juntada aos autos a Informação Fiscal de e-fls. 2697/2700, na qual é relatada a decisão dos embargos de declaração e observado que, *apesar do acórdão de recurso voluntário relatar acerca da arguição do recurso voluntário, quanto a matéria relativa à glosa de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL, infrações estas, também objeto do presente auto de infração, o voto nada decide quanto a essa matéria, que deixou de ser apreciada.* Assim, *não havendo decisão que exonere esta parte do crédito tributário*, a autoridade local concluiu pela manutenção da cobrança, apresentando à Contribuinte este relato juntamente com os acórdãos e demais elementos listados às e-fls. 2703/2704.

Cientificada em 24/06/2020 (e-fls. 2707/2708), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 07/07/2020 (e-fls. 2762/2797) nas quais afirma a *imprestabilidade dos acórdãos paradigmas e ausência de legislação tributária interpretada de forma divergente.*

Aduz que, embora o paradigma nº 1301-002.430 tenha analisado a mesma operação aqui exposta, e a similitude seja evidente, *a existência de legislação tributária interpretada de forma divergente, não está presente*, mas apenas *uma apreciação divergente das provas juntadas aos autos, mais especificamente, dos laudos que comprovam o fundamento econômico do ágio.* O Colegiado *a quo* teria entendido *que os laudos efetivamente avaliavam e atestavam a rentabilidade futura das empresas adquiridas*, enquanto o Colegiado que proferiu o paradigma *conclui que os laudos apresentados avaliavam exclusivamente o fundo de comércio, e não a rentabilidade futura.* Refere excertos de ambas as decisões para concluir que a divergência

existente se refere *exclusivamente ao conteúdo dos laudos apresentados*, e acrescenta *que ambos os acórdãos interpretaram os artigos 385 e 386 do RIR/99 de maneira idêntica*, cogitando que haveria divergência se o acórdão recorrido concluísse que, *a despeito do laudo atestar que o ágio tem como fundamento o fundo de comércio, isso não impediria sua dedutibilidade*.

O paradigma nº 1402-001.029, por sua vez, apresentaria situação fática *manifestamente diversa daquela discutida nos presentes autos*, vez que o ágio naquele caso foi considerado *inedutível porque foi comprovadamente gerado a partir de um planejamento fiscal irregular*, girando a discussão e torno da *inexistência de propósito negocial nas operações que deram origem ao ágio*, enquanto nestes autos a ineditibilidade está calcada na *imprestabilidade do laudo*, porque supostamente pautado em fundo de comércio, e não em rentabilidade futura das empresas adquiridas. Destaca que neste paradigma *a existência ou não de um lado sequer é mencionada e conclui que, também em relação a ele, não há qualquer legislação interpretada e forma divergente*.

Insiste na inadmissibilidade do recurso especial fazendário na primeira matéria, que *implicaria, necessária e exclusivamente, um reexame das provas acostadas aos presentes autos*, inexistindo dúvida quanto à interpretação da aplicação da lei tributária, mas apenas *uma “dúvida exclusivamente referente ao conteúdo dos laudos apresentados, e se estes realmente comprovariam a rentabilidade futura das empresas adquiridas*.

Refere julgados da CSRF acerca da *impossibilidade de conhecimento de Recurso Especial que demande exames de provas*, e conclui pela impossibilidade de recurso especial neste ponto.

Quanto à possibilidade de aplicação da multa isolada, defende o não conhecimento do recurso especial por se tratar de *matéria objeto de súmula*, no caso a Súmula CARF nº 105, inclusive já aprovada por ocasião da admissibilidade do recurso especial. Defende que referido enunciado é claramente contrário à aplicação concomitantes das penalidades em questão, e se opõe à defesa no sentido de que seria ele inaplicável às exigências fundamentadas nas alterações promovidas a partir da Lei nº 11.488/2007. Refere as propostas de súmula apresentadas em 2012 e 2013 e rechaçadas pelo Pleno da CSRF, como evidência de que não existiria *posicionamento dominante do CARF acerca da impossibilidade de cumulação de tais penalidades previstas no art. 44 da Lei nº 9.430/96* apenas até 21/01/2007, ou até a vigência da Medida Provisória nº 351/2007, para concluir que a aprovação da Súmula nº 105 *com a supressão de qualquer menção a critério temporal que limitasse a aplicação do entendimento prevalente* evidenciaria que o entendimento pacificado seria aplicável *em período anterior ou posterior à entrada em vigor da MP nº 351/2007*. Assim, por força do art. 67, §3º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, não deve ser admitido o recurso especial neste segundo ponto.

No mérito, embora discorde do reexame de provas em recurso especial, deduz, *apenas a título argumentativo que as operações em análise consistiram na efetiva aquisição de duas empresas (Citifundos e Citiportfólio) com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade*

futura destas. Referindo a legislação e regência, observa que ela não estabelecia a obrigatoriedade de consideração de todos os critérios mencionados, mas ao menos um “dentre” eles, e prossegue:

Portanto, ao contrário do que pretende a Recorrente, não cabe ao Fisco estabelecer o fundamento que presume suportar o preço pago, especialmente quando o contribuinte preenche todos os requisitos legais para a comprovação de tal fundamento (como é o caso dos autos).

Nesse sentido, conforme bem colocado pelo acórdão recorrido, “não caberia ao Fisco julgar a imprestabilidade do laudo pelo simples fato de não concordar com os motivos que fizeram a contribuinte pagar um valor maior do que o PL da própria empresa, ou de parte de empresas”.

Ressalte-se, ainda, que nos termos do parágrafo 3º do artigo 385 do RIR/99, o ágio fundamentado nos incisos I e II deve estar respaldado em *“demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração”*, o que, no presente caso, foi feito mediante a apresentação de laudos de avaliação econômico-financeiro elaborados pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. em 28/11/2005.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, verifica-se, no presente caso, que **os laudos de avaliação apresentados efetivamente comprovaram que o fundamento do ágio nas aquisições da Citifundos e da Citiportfólio era a expectativa de rentabilidade futura das empresas adquiridas (income approach)**. Confira-se, a propósito, trechos desses documentos:

“III – METODOLOGIA DE AVALIAÇÃO

Income Approach

O Income Approach (Método da Lucratividade) considera o negócio da avaliação como um empreendimento em marcha, capaz e com probabilidade de gerar lucros futuros e fluxo de caixa. Nesse sentido, o valor da Empresa está representado pelo valor presente dos benefícios econômicos (descontado por uma taxa que reflita a estimativa do risco associado a um empreendimento) que serão geradas no futuro.

Os empreendimentos em marcha são geralmente avaliados sob os seguintes enfoques:

Fluxo de caixa livre descontado a valor presente.

Capitalização de lucros constantes.

(...)

BASE DE AVALIAÇÃO ADOTADA

Ao refletirmos sobre o método mais apropriado para avaliar o valor do Citiportfólio, adotamos o Income Approach, fundamentado no fluxo de caixa descontado a valor presente. Assim, procedemos levando em consideração que o Income Approach captura de forma dinâmica as

expectativas quanto ao fluxo de rendimentos esperado para o Citiportfolio, proporcionando uma abordagem confiável e sofisticada do valor da Empresa, pois considera todos os elementos previsíveis associados ao fluxo de caixa gerado pela Empresa nas operações futuras, devidamente ajustados ao risco da taxa de desconto.”

Nesse sentido, não merecem prosperar as alegações da Recorrente de que os laudos comprovariam que o objeto de avaliação seria o fundo de comércio. Ao contrário, **os laudos deixam claro que estão avaliando a rentabilidade futura das empresas adquiridas.**

Ademais, conforme se extrai do Recurso Especial contrarrazoado, o principal ponto destacado pela Recorrente como fundamento para sua tese de que o ágio não seria pautado na rentabilidade futura das empresas adquiridas, mas sim o fundo de comércio, consiste na constatação de que a Citifundos e a Citiportfólio seriam empresas recém-criadas cujo objeto se restringiria ao negócio de gestão de recursos de terceiros antes exercido por empresas do Grupo Citibank.

Ora, é evidente que os simples fatos de que uma empresa é recém-criada, ou de que esta tem por objeto uma única atividade **não são suficientes para levar à conclusão de que tal empresa não apresenta uma expectativa de rentabilidade futura**. Nesse sentido, o exemplo trazido pela Turma Julgadora a quo no acórdão recorrido é esclarecedor, e merece ser repetido:

“Por outro lado, **a simples referência de que a empresa foi recentemente criada e que ainda não havia expectativa de rentabilidade futura**, conforme justificado para a negativa do recurso do segundo processo, **a meu ver não merece prosperar.**

Afinal, imaginemos uma situação hipotética em que duas grandes empresas unissem suas forças desmembrando alguns de seus ativos. Podemos até hipoteticamente imaginar duas grandes empresas, como por exemplo as montadoras de automóvel, Volks e Audi (que hoje já são uma única empresa apenas hipoteticamente). A Volks dá à nova empresa apenas a sua área responsável pela eficiência financeira para que a nova empresa consiga fazer carros competitivos em termos de valor, já a Audi, desmembra-se para dar a nova super montadora, sua área de projetos para que os carros tenham maior tecnologia embarcada e segurança. Provavelmente essas partes poderiam ser alienadas por um valor muito superior que a apenas as áreas desmembradas da Volks e da Audi.

Nesse sentido, uma avaliação não poderia ser desconfigurada tão somente porque a empresa não existia anteriormente.” (fl. 19 do acórdão recorrido – g.n.)

Nessa linha, importante lembrar que não há qualquer vedação para que uma empresa tenha por objeto uma única atividade (como é o caso da gestão de recursos de terceiros), de modo que essa simples constatação (repetida inúmeras

vezes pela Recorrente) **não serve para igualar a empresa que foi efetivamente adquirida a um fundo de comércio.**

No mesmo sentido, o fato de determinada empresa ter sido criada recentemente também não impede com que ela já tenha uma expectativa de rentabilidade futura, conforme bem colocado pelo acórdão recorrido.

Desse modo, verifica-se que a Recorrente, assim como a Fiscalização, não foram capazes de apontar qualquer elemento de prova que demonstrasse que o ágio pago não estaria amparado na rentabilidade futura das empresas adquiridas.

Em outras palavras, a Recorrente tão somente afirmou, de forma genérica, que o ágio estaria vinculado ao fundo de comércio, sem produzir, contudo, qualquer prova para referendar tal singela alegação.

Sobre esse ponto, também não merece prosperar o entendimento sustentado pela Recorrente ao longo de todo o seu Recurso Especial no sentido de que a avaliação contida nos laudos apresentados não foi das sociedades adquiridas, mas do “*negócio CAM (Citigroup Asset Management)*”, o que supostamente demonstraria que não houve a transferência de qualquer empresa do grupo CITIBANK, mas apenas da atividade de gestão de recursos de terceiros.

Quanto a este ponto, frise-se: o simples fato de que os laudos se utilizaram de dados do CAM não implica na aquisição de fundo de comércio, mas simplesmente no reconhecimento de que **o histórico do Citigroup Asset Management equivaleria ao das duas sociedades subsequentes, Citifundos e Citiportfólio.**

Com efeito, **o mero fato da posterior cisão do CAM não significa que todo o histórico da sociedade se torna imprestável ou que deve ser desconsiderado**, pelo contrário, **reconhece apenas que as futuras sociedades não tiveram alterações nas suas operações, sendo totalmente aplicável o histórico da cindida para avaliar a rentabilidade futura das sociedades decorrentes.** Em síntese, o laudo deixou posto que as projeções do CAM são totalmente aplicáveis às sociedades Citifundos e Citiportfólio, como, inclusive, corretamente reconhecido pelo acórdão recorrido.

Mas não só, deve-se ressaltar que **o CAM não era um “negócio”, como afirmado pela Recorrente, mas sim uma verdadeira sociedade empresarial**, como demonstrado pelo laudo produzido pela empresa de auditoria independente. Quando o referido laudo menciona as carteiras de clientes administradas, o histórico, as receitas, e o patrimônio administrado, por óbvio, esses são os elementos necessários para avaliar a sua expectativa de rentabilidade futura, ou seja, são elementos que tornam objetivas as análises da auditoria, conferindo segurança e veracidade aos dados levantados.

Assim, diante do que a Recorrente chamou de avaliação do fundo de comércio, tem-se que em verdade estava se tratando da avaliação das perspectivas de lucratividade das sociedades. **Deve-se ter em mente que o real objeto do laudo produzido eram as projeções de rentabilidade futura, e não a aquisição de fundo**

comércio. O laudo tem como função principal demonstrar, por meio de elementos objetivos, o valor da sociedade que não consta no seu patrimônio líquido, referente às expectativas de rentabilidade futura.

Além disso, também se faz necessário deixar claro que a validade dos laudos elaborados **por empresa de avaliação especializada não foi, em nenhum momento, questionada pela Fiscalização.** De fato, se os fundamentos econômicos destes laudos tivessem sido analisados durante o procedimento fiscalizatório, ficaria claro à Fiscalização que o valor do ágio gerado na aquisição das empresas Citiportfólio e Citifundos se justifica, sim, pelo valor da expectativa de rentabilidade futura.

Verifica-se, portanto, que a Fiscalização não desconstituiu a prova apresentada pela Recorrida (laudos de avaliação, que possui presunção de veracidade) para fundamentar a glosa da despesa realizada, o que seria imprescindível para a validade e lisura dos lançamentos ora em análise.

Quanto a este ponto, a Recorrente, em uma tentativa vã de suprir a falta de provas que suportem as suas alegações, afirma que **os próprios laudos** comprovariam que seu objeto de avaliação não seria a rentabilidade futura das empresas Citifundos e Citiportfólio, mas unicamente o valor de mercado da atividade de gestão de ativos de terceiros. Assim, afirma a Recorrente que não haveria necessidade de desconstituir o valor dos laudos apresentados como prova a favor da Recorrida. Veja-se:

“E, ao contrário do que defende o recorrente, **tal conclusão sobre o real objeto de análise dos laudos não exige a sua desconsideração, pois ela decorre da leitura dos próprios documentos.** São os próprios laudos que demonstram que, em que pese indicarem o valor de sociedades, na verdade avaliaram uma atividade.” (fl. 38 do Recurso Especial – g.n.)

Ocorre que, ao contrário do que alega a Recorrente, **os laudos apresentados expressamente atestam que o ágio pago tem fundamento na rentabilidade futura das empresas adquiridas (Citifundos e Citiportfólio),** de modo que ou a Recorrente aponta elementos concretos que desqualifiquem as conclusões atingidas pelos laudos, ou não pode desconsiderar tais conclusões.

O que não pode ser admitido é este malabarismo argumentativo por meio do qual a Recorrente, não conseguindo comprovar a imprestabilidade do laudo necessária à sua desconsideração, busca afirmar que o objeto de análise e as conclusões atingidas pelos laudos **são diametralmente opostas àqueles atestados pelos próprios documentos.**

Resta demonstrado, portanto, que a Recorrida cumpriu rigorosamente com todos os requisitos legais para a dedutibilidade da despesa com amortização de ágio, cujo fundamento econômico (expectativa de rentabilidade futura) está devidamente respaldado em laudos de avaliação elaborados por empresa de auditoria independente. Sendo assim, não merecem prosperar as alegações

trazidas pela Recorrente em seu Recurso Especial, devendo permanecer incólume a decisão recorrida. *(destaques do original)*

Discorda da exigência de multa isolada porque há apenas *uma infração única e inseparável, em relação a qual foram imputadas duas penalidades*, observa que *o recolhimento da estimativa não representa “fim em si mesmo”, mas sim compõe o valor do tributo a ser recolhido no final do ano-calendário*, e argumenta:

Como se vê, o “bem” a que se pretende proteger por meio da aplicação das penalidades em tela é, sem dúvida, a arrecadação tributária, a qual se concretiza com o recolhimento do tributo ao final do ano-calendário, enquanto que o recolhimento das estimativas representa mera antecipação à manutenção da atividade estatal. Assim, a mesma falta, isto é, ausência do recolhimento, engloba ambas as condutas apenadas, de modo que, pelo princípio da consunção, somente a multa de ofício pelo não recolhimento do tributo poderia prevalecer.

Destarte, o acolhimento da pretensão da Recorrente acarretaria dupla incidência sobre a mesma materialidade, uma vez que o valor adicionado pela Fiscalização à base mensal estimada, para cálculo da multa isolada pela suposta falta de recolhimento das estimativas de IRPJ e de CSLL, corresponde ao valor que foi incluído no cálculo para fins de exigência da multa de ofício sobre o montante supostamente não recolhido de tal exação.

Importante ressaltar que não se está diante da dispensa de punição, como deu a entender a Recorrente, mas apenas de absorção da parte (não recolhimento de estimativa) pelo todo (ausência de pagamento do tributo ao final do ano-calendário), uma vez que decorrem, sem dúvida, do mesmo suposto ato infracional.

Portanto, como bem reconhecido no acórdão recorrido, não pode ser concomitantemente exigida a multa isolada sobre antecipações do imposto apuradas em decorrência das mesmas supostas infrações que originaram o lançamento principal e, conseqüentemente, o lançamento da multa de ofício. **Essa situação configura dupla (e inadmissível) imposição de pena ao mesmo fato (*bis in idem*).**

Quanto a este ponto, importante repisar: a dupla penalização se verifica no momento em que **a prática de um único ato pela Recorrida**, qual seja, a amortização do ágio pago na aquisição das empresas Citifundos e Citiportfólio, **gera a imposição de duas penalidades**, quais sejam, a multa isolada e a multa de ofício.

Nesse sentido, a argumentação da Recorrente no sentido de que as infrações estariam previstas de forma distinta na legislação é inócua, visto que, no presente caso, houve apenas uma conduta praticada pela Recorrida, de modo que se faz necessário, para que não haja *bis in idem*, que a parte (não recolhimento de estimativa) seja absorvida pelo todo (ausência de pagamento do tributo ao final do ano-calendário). *(destaques do original)*

Cita jurisprudência da CSRF que corrobora seu entendimento, mormente em face do disposto na Súmula CARF nº 105, e refere outros julgados administrativos que endossam essa visão mesmo depois da alegada alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351/2007. Refere decisão do Superior Tribunal de Justiça e conclui inexistir *qualquer fundamento que justifique a aplicação conjunta de tal penalidade com a multa de ofício, mesmo após a entrada em vigor da medida provisória*.

Adiciona que, mesmo se a multa isolada *pudesse ser aplicada de forma concomitante com a multa de ofício, jamais poderia ser aplicada após o encerramento do exercício*, conforme julgados da CSRF que cita.

Requer, assim, que o recurso especial *seja inadmitido ou, na remota hipótese da sua admissão, que lhe seja negado provimento, uma vez que insubsistente a pretensão fazendária, mantendo-se incólume o acórdão recorrido no que tange à parcela ora objeto do apelo especial da Recorrente*.

A Contribuinte também opôs embargos de declaração que foram rejeitados (e-fls. 2911/2918). Especificamente quanto à liquidação do acórdão recorrido, consignou-se na rejeição que:

2 – Obscuridade Quanto à Operacionalização/Liquidação da Decisão

Neste tópico – e na esteira do item anterior –, aduz a Embargante que o acórdão teria incorrido em obscuridade, no que tange à operacionalização dos valores deduzidos em excesso.

Em síntese, a Embargante defende que não restou claro como seria feita a recomposição do valor do ágio pela Receita Federal.

Conquanto seja louvável o argumento em favor da autoridade encarregada da liquidação da decisão, não se vislumbra, neste momento, a alegada obscuridade, pois a decisão é clara quanto à providência a ser adotada, que expressamente estabelece que deve ser considerado o valor máximo de R\$ 3.240.776,58, em detrimento do originalmente pretendido pela interessada (R\$ 20.254.853,59).

Ademais, na eventual hipótese de dúvida acerca dos procedimentos, é inequívoco que a autoridade competente poderá, a seu critério, manifestar-se nos autos, como já o fez em oportunidade anterior, que, inclusive, ensejou o acórdão de embargos n. 1401-004.195.

Assim, verifica-se que não assiste razão à Embargante.

A Contribuinte também interpôs recurso especial ao qual foi negado seguimento (e-fls. 3182/3194), com subsequente rejeição do agravo apresentado (e-fls. 3237), com sua ciência em 13/11/2020 (e-fl. 3254). Registre-se que houve a pretensão de erigir como dissídio jurisprudencial a *necessidade de sobrestamento do presente processo administrativo até decisão final do processo administrativo nº 16327.721552/2013-35, sob a alegação de que o que motivou a recomposição dos saldos de prejuízo fiscal e bases de cálculo negativas de CSLL realizada pela*

Fiscalização teria sido a lavratura do auto de infração que deu origem ao processo administrativo nº 16327.721552/2013-35.

A PGFN apresentou petição nos autos do processo administrativo nº 16327.721552/2013-35, na qual noticia que a Contribuinte ingressou com a Ação Judicial nº 5003161-09.2021.4.03.6100, para discutir crédito tributário originariamente lançado nestes autos, correspondente a glosa de compensação de prejuízos fiscais e bases negativas afetados pelo lançamento formalizado no processo administrativo nº 16327.721552/2013-35. Ressalta que:

Feita essa breve digressão, oportuno registrar que na Ação Judicial ora noticiada, em sede da qual o contribuinte questiona o lançamento referente à glosa de prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa de CSSL nos anos de 2011 e 2012 (atualmente sob controle no PA 16327720047/2021-83, fruto do desmembramento do PA 16327720827/2016-66), discute-se, entre outros temas, a legitimidade fiscal da dedução do ágio no período de 2008 a 2010, a qual, como visto, é objeto da controvérsia veiculada no Recurso Especial, aviado pelo contribuinte no presente Processo, ainda pendente de julgamento.

Vale dizer, a questão posta em debate no presente Processo, por meio do referido Recurso Especial do contribuinte, foi por este próprio levada ao escrutínio do Poder Judiciário, dado que integra ela a fundamentação em que se alicerça a Ação Judicial de cuja existência ora se dá notícia.

Em suma, por iniciativa do próprio contribuinte, a questão quanto à legitimidade ou não da dedução fiscal do ágio no período de 2008 a 2010 foi judicializada, de sorte que sobre ela deverá haver pronunciamento jurisdicional, posto que o Poder Judicial foi instado a adentrar na sua análise, o que, em princípio, caracteriza concomitância de discussão nas instâncias judicial e administrativa acerca de uma mesma controvérsia, com o risco de que sejam produzidas decisões conflitantes sobre ela, a configurar, salvo melhor juízo, situação que é proscrita pela legislação vigente (art. 1º, §2º do Decreto-Lei 1.737/59; do art. 38, parágrafo único da Lei 6.830/80), com lastro na qual se editou a Súmula n. 1 do próprio CARF, a cujos termos este se vê vinculado, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018.

Diante do exposto, solicito que esse despacho seja juntado ao presente processo, juntamente com a cópia da petição inicial da Ação Judicial 5003161-09.2021.403.6100, a fim de que o CSRF avalie se é o caso ou não de reputar prejudicado o Recurso Especial do contribuinte, em respeito à mencionada legislação, cuja finalidade intrínseca consiste não só em evitar decisões díspares nas instâncias administrativa e judicial sobre uma mesma questão, como também em assegurar a primazia do Poder Judiciário, detentor que é do monopólio jurisdicional.

Na referida inicial constata-se que a Contribuinte questiona a cobrança de parte de exigência correlata à operação aqui sob análise, mas pertinente aos anos-calendário 2011 a 2014, objeto do processo administrativo nº 16327.720047/2021-83, e circunscrita aos efeitos de glosa de compensação de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL, que acarretariam exigência em

duplicidade em relação ao lançamento formalizado no processo administrativo nº 16327.721159/2015-11 e cobrança incerta e precária em face da discussão subsistente nos autos do processo administrativo nº 16327.721552/2013-35. Na referida petição noticia, ainda, que *os valores referente à indedutibilidade das despesas com ágio deduzidas no mês de dezembro de 2012 em montante superior ao limite máximo de 1/60 estão sendo discutidas atualmente no Mandado de Segurança nº 5003159-39.2021.4.03.6100.*

Destaque-se o que consignado na referida petição:

A pretensão veiculada na presente demanda, portanto, é muito diversa da anulação do crédito tributário referente às amortizações das despesas com ágio nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL nos períodos de 2008 a 2010, em discussão no Processo Administrativo nº 16327.721152/2013-35.

Ao revés, nestes autos, busca-se o cancelamento dos débitos decorrentes da suposta compensação indevida de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, nos anos de 2011 e 2012 (consubstanciados no Processo Administrativo nº 16327.720047/2021-83, objeto de desmembramento do Processo Administrativo nº 16327.720827/2016-66).

[...]

Logo, não há qualquer prejudicialidade entre a discussão pretendida nos presentes autos e a discussão administrativa ainda pendente.

Na sequência, para além de defender a nulidade do crédito tributário por aqueles vícios, a Contribuinte, *com base no princípio da eventualidade*, buscou demonstrar a *inafastável legalidade da dedutibilidade das despesas com ágio levada a efeito pela Autora*, que igualmente conduziria à procedência da ação proposta. Sob esta ótica, relatou as operações societárias ocorridas, os termos da acusação fiscal, e o cumprimento dos requisitos para amortização fiscal do ágio, afirmando ausentes *fundamento jurídico para desconsideração do fundamento econômico dos ágios*, inclusive invocando o art. 146 do CTN em face da *cristalização definitiva do entendimento fiscal quanto à legalidade da amortização do ágio levado a efeito pela Autora* no primeiro lançamento já definitivamente julgado. Assim, também sob este ângulo, pede a anulação da cobrança lá combatida.

Em 03/05/2023 foram recebidos documentos para juntada a estes autos, referentes à evolução do Mandado de Segurança em referência (e-fls. 3312/3331).

VOTO VENCIDO

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

Inicialmente cabe, aqui, também, tecer considerações acerca da ação judicial proposta pela Contribuinte e referida pela PGFN nos autos do processo administrativo nº 16327.721552/2013-35. Naqueles autos a PGFN cogitou restar prejudicado o recurso especial da Contribuinte lá interposto. Nestes autos, importa verificar se há alguma limitação a eventual conhecimento ou decisão de mérito do recurso fazendário.

Nos autos da Ação Judicial nº 5003161-09.2021.403.6100 a Contribuinte afirmou a inexistência desta prejudicialidade, nos seguintes termos:

A pretensão veiculada na presente demanda, portanto, é muito diversa da anulação do crédito tributário referente às amortizações das despesas com ágio nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL nos períodos de 2008 a 2010, em discussão no Processo Administrativo nº 16327.721152/2013-35.

Ao revés, nestes autos, busca-se o cancelamento dos débitos decorrentes da suposta compensação indevida de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, nos anos de 2011 e 2012 (consubstanciados no Processo Administrativo nº 16327.720047/2021-83, objeto de desmembramento do Processo Administrativo nº 16327.720827/2016-66).

[...]

Logo, não há qualquer prejudicialidade entre a discussão pretendida nos presentes autos e a discussão administrativa ainda pendente.

Como descrito na inicial, a Contribuinte foi submetida a quatro lançamentos em razão das operações aqui questionadas:

- A primeira exigência, decorrente das glosas de amortizações do ágio apropriadas em 2006 e 2007, foi cancelada definitivamente nos autos do processo administrativo nº 16327.000992/2010-11;
- A segunda e a quarta exigências, decorrentes das glosas nos anos-calendário 2008 a 2010 e 2011 a 2014, estão em discussão nesta reunião de julgamento, objeto dos processos administrativo nº 16327.721152/2013-35 e 16327.720827/2016-66;
- A terceira exigência corresponde, apenas, à glosa de compensação indevida de prejuízo fiscal e base negativa no ano-calendário 2011, em razão da reversão destes resultados negativos pelo lançamento promovido nestes autos (16327.721159/2013-35).

No lançamento que instrui os autos do processo administrativo nº 16327.721552/2013-35 está registrado que a Contribuinte não dispunha, à época daquele lançamento, de saldo de prejuízos e bases negativas anteriores a 2008, e que o prejuízo fiscal e a base negativa apurados neste ano-calendário foram revertidos para lucro em razão das amortizações glosadas. Em consequência, os prejuízos e bases negativas compensados em 2009 e 2010 também foram glosados juntamente com as amortizações de ágio formalizadas nestes autos.

Contudo, no julgamento do recurso voluntário naqueles autos as glosas de compensações de prejuízos e bases negativas foram canceladas, diante da constatação de que os valores originalmente utilizados pela Contribuinte nos anos-calendários 2009 e 2010 tinham lastro no prejuízo fiscal apurado no ano-calendário 2006 que, revertido para lucro pelo primeiro lançamento, foi restaurado com a improcedência do lançamento declarada nos autos do processo administrativo nº 16327.000992/2010-11. Embora nada tenha sido dito acerca das glosas de compensação de bases negativas, constata-se naqueles autos que a autoridade preparadora aplicou o mesmo racional para revertê-las.

Já as compensações de prejuízo fiscal e bases negativas promovidas no ano-calendário 2011, e que também restaram sem lastro pelos lançamentos promovidos nos anos-calendário anteriores, não foram objeto de decisão naqueles autos, vez que resultaram em exigência autônoma no processo administrativo nº 16327.721159/2015-11. Note-se que deste não há registro de litígio tramitado neste Conselho. A Contribuinte informa, na petição inicial, que lá haveria impugnação ainda pendente de apreciação.

O objeto da irresignação da Contribuinte levada ao Poder Judiciário diz respeito a outro aspecto desta cadeia de apuração e compensação de prejuízos fiscais e bases negativas afetados pela amortização fiscal do ágio questionado. Trata-se da repercussão nos recálculos promovidos desta quarta exigência, a qual, embora ainda pendente de recurso especial, foi parcialmente desmembrada para cobrança no processo administrativo nº 16327.720047/2021-83 na parte correspondente a *débitos relativos à suposta compensação indevida de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL nos anos de 2011 e 2012*. A Contribuinte adiciona, ainda, que parcela do valor glosado nesta quarta autuação já teria sido lançado antes na terceira autuação, havendo exigência em duplicidade.

Daí a conclusão, deduzida perante o Poder Judiciário, de ser *inequívoco haver relação de prejudicialidade entre os valores cobrados na Segunda Autuação e parte daqueles exigidos na Quarta Autuação*, e que este último processo de cobrança (16327.720047/2021-83), por contemplar cobrança parcialmente desmembrada deste processo administrativo nº 16327.720827/2016-66, bem como exigência veiculada no processo administrativo nº 16327.721159/2015-11, estaria afetado por suspensão da exigibilidade prevista no art. 151, inciso III do CTN, nos seguintes termos:

Não é demais reiterar que parcela dos valores exigidos a título do IRPJ e CSLL no Processo Administrativo nº 16327.720047/2021-83 correspondem exatamente às glosas de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL referentes aos períodos de 2011 e 2012, que são (i) objeto do Processo Administrativo nº 16327.721159/2015-11 (período de 2011); e (ii) reflexos do Processo Administrativo nº 16327.721152/2013-35 e que, portanto, estão no mínimo, com sua exigibilidade suspensa por força das pendências de julgamento desses processos (art. 151, III/CTN).

Note-se, ainda, que na referida petição inicial, a Contribuinte também distingue o objeto lá pretendido de outro veiculado no Mandado de Segurança nº 5003159-39.2021.4.03.6100, no qual discute *valores referentes à indedutibilidade das despesas com ágio deduzidas no mês de dezembro de 2012 em montante superior ao limite máximo de 1/60*.

A prejudicialidade afirmada pela Contribuinte para obstar a cobrança em razão da suspensão da exigibilidade dos demais créditos tributários em litígio administrativo não referem estes autos, possivelmente porque as compensações de prejuízos fiscais e bases negativas aqui originalmente glosados tinham lastro em apurações alteradas nos lançamentos anteriores.

Para além disso, o desmembramento do crédito tributário destes autos, que originou a cobrança discutida judicialmente, foi motivado pela interpretação de que inexistiria correlação desta exigência desmembrada com as demais, dada a ausência de decisão neste sentido no acórdão recorrido. Ainda, a Contribuinte não teve sucesso em sua tentativa de erigir dissídio jurisprudencial quanto à vinculação destas exigências àquelas tratadas no processo administrativo nº 16327.721552/2013-35, e isto inclusive por se tratar de matéria não presquestionada no acórdão recorrido.

Diante de tais circunstâncias, mais clara se apresenta a inexistência de concomitância entre a discussão judicial e o litígio instaurado nestes autos. Aqui foi justamente a autonomia em relação ao litígio subsistente que motivou o desmembramento do crédito tributário para a cobrança discutida judicialmente. Assim, diante do pedido da ação judicial, primeiramente de cancelamento da cobrança veiculada no processo administrativo nº 16327.720047/2021-83, resta evidente que a pretensão deduzida judicialmente é distinta daquela aqui pendente de julgamento, e que tem por objeto outro crédito tributário.

Por fim, quanto ao fato de a Contribuinte apresentar ao Poder Judiciário, *com base no princípio da eventualidade*, os mesmos argumentos de mérito aqui acolhidos acerca da *legalidade da dedutibilidade das despesas com ágio às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL*, resta a cogitação de a Contribuinte receber uma decisão judicial aplicável ao crédito tributário em litígio nestes autos, eventualmente impeditiva de uma decisão em sentido contrário em face do recurso fazendário.

Tal possibilidade, porém, somente se concretizaria mediante edição de uma decisão judicial *extra* ou *ultra petita*, vez que os pedidos veiculados na ação judicial são dirigidos, apenas, à anulação dos créditos tributários em cobrança no processo administrativo nº 16327.720047/2021-83. Como se vê abaixo, mesmo os pedidos subsidiários referem, apenas, a suspensão daquela cobrança enquanto não julgado definitivamente o litígio aqui instaurado, ou, então, apenas o cancelamento das multas e juros de mora acrescidos àquela cobrança:

5. Pedidos

Por todo o exposto, requer-se a citação da União para que, querendo, conteste a presente ação, bem como, ao final, o julgamento de procedência dos pedidos para que sejam integralmente anulados os créditos tributários de IRPJ e CSLL

decorrentes da suposta compensação indevida de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL nos anos de 2011 e 2012, em cobrança no Processo Administrativo nº 16327.720047/2021-83 – objeto de desmembramento do Processo Administrativo nº 16327.720827/2016-66.

Subsidiariamente, apenas caso assim não se entenda, requer-se a suspensão de qualquer cobrança referente aos débitos tributários de IRPJ e CSLL decorrentes da suposta compensação indevida de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL nos anos de 2011 e 2012 enquanto não houver o julgamento definitivo dos Processos Administrativos nº 16327.721552/2013-35 e 16327.721159/2015-11.

Ainda subsidiariamente, requer-se a procedência da ação para que sejam (i) anuladas as multas exigidas da Autora no Processo Administrativo nº 16327.720047/2021-83 em relação aos créditos tributários decorrentes da suposta compensação indevida de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL nos anos de 2011 e 2012; ou, ao menos, (ii) anulados os juros incidentes sobre as multas.

Esta Conselheira já teve a oportunidade de se manifestar em questão semelhante, quando a questão de fundo do recurso especial havia sido levada ao Poder Judiciário para cancelamento do crédito tributário principal e multa de ofício de 75%, não alcançados pelo seguimento do recurso em face, apenas, da correspondente qualificação da penalidade, e cobrados em autos apartados. Neste sentido foi o voto vencedor assim redigido no Acórdão nº 9101-004.331:

A I. Relatora restou vencida na preliminar de concomitância. Prevaleceu no Colegiado o entendimento de que a aplicação da Súmula CARF nº 1 pressupõe a submissão ao Poder Judiciário do mesmo objeto aqui discutido e que, assim, o sujeito passivo requeira no âmbito judicial pronunciamento sobre a mesma questão jurídica em debate a esfera administrativa. Aliás, nos termos da Súmula CARF nº 1, basta que o sujeito passivo tenha proposto a ação judicial para caracterizar-se a renúncia, ou mesmo a desistência do recurso administrativo, sendo irrelevante se, ao final, for alcançada efetiva manifestação judicial acerca da questão posta.

Recorde-se que a Súmula CARF nº 1 foi proferida em face de discussões suscitadas pelo Ato Declaratório COSIT nº 3, de 1996, que assim dispunha:

O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 147, item III, do regimento interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 606, de 03 de setembro de 1992, e tendo em vista o Parecer COSIT nº 27/96.

DECLARA, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que:

- a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, **com o mesmo objeto**, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;
- b) conseqüentemente, **quando diferentes os objetos** do processo judicial e do processo administrativo, **este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada** (p. ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);
- c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;
- d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CTN;
- e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC). *(negrejei)*

Referido ato foi revogado pelo Parecer Normativo COSIT nº 7, de 2014, que se debruçou mais extensamente sobre a identidade de objeto:

Da identidade de objetos dos processos administrativo e judicial

9. Poder-se-ia questionar quanto à definição da expressão “mesmo objeto” a que se reportam o ADN Cosit nº 3, de 1996, a Súmula nº 1 do CARF e a Portaria MF nº 341, de 2011. Aqui, faz-se mister diferenciar o objeto da relação jurídica substancial ou primária do objeto da relação jurídica processual. Aquele consiste no bem da vida sobre o qual recaem os interesses em conflito, in casu, o patrimônio do contribuinte; este, por sua vez, diz respeito ao serviço que o Estado tem o dever de prestar, e nos procedimentos de que este se utiliza para tanto, resultando no proferimento de decisões administrativas ou judiciais em cada processo, guardando relação de instrumentalidade com a real demanda do autor (JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 179).

9.1. Assim, só produz o efeito de impedir o curso normal do processo administrativo a existência de processo judicial para o julgamento de demanda idêntica, assim caracterizada aquela em que se verificam as mesmas partes, a mesma causa de pedir (fundamentos de fato – ou causa de pedir remota - e de direito – ou causa de pedir próxima) e o mesmo

pedido (postulação incidente sobre o bem da vida) - a chamada teoria dos três eadem, conforme definida no art. 301, § 2º da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), o qual ora se aplica por analogia.

9.2. Leva-se em consideração o objeto da relação jurídica substancial; se a discussão judicial se refere a questões instrumentais do processo administrativo, contra as quais se insurge o sujeito passivo da obrigação tributária, não há que se falar em desistência da instância administrativa nem em definitividade da decisão recorrida, quando nesta se discute alguma questão de direito material. Se, no entanto, a discussão administrativa gira em torno de alguma questão processual, como a tempestividade da impugnação, por exemplo, questão esta também levada à apreciação judicial, configura-se a renúncia à esfera administrativa quanto a este ponto específico.

9.3. Seguindo esse raciocínio, encontra-se entendimento na doutrina e na jurisprudência de que só se caracteriza a identidade de ações quando se verificam as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir:

19. Identidade de ações: caracterização. As partes devem ser as mesmas, não importando a ordem delas nos pólos das ações em análise. A causa de pedir, próxima e remota [...], deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas. O pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo: bem da vida e tipo de sentença judicial. Somente quando os três elementos, com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas. (JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 595)

Litispêndência. Identidade de pedidos. A identidade de pedidos não caracteriza a litispêndência. Somente se verifica a litispêndência com a identidade de ações: as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. (TRF-5ª, 1ª T., Ap 17299-RN, rel. Juiz Ridalvo Costa, v.u., j. 10.12.1992, JSTJ 47/583)

9.4. Vale reproduzir o seguinte excerto do Parecer PGFN/Cocat nº 2/2013:

49. Dito disso, conferimos ao instituto da concomitância no PAF o mesmo tratamento da litispêndência no processo civil, pois a verificação da ausência desses dois pressupostos negativos têm como finalidade precípua evitar o processamento de causas iguais quando houver: (i) identidade das partes, (ii) da causa de pedir e (iii) do pedido (art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC; e Súmula nº 1/CARF).

50. Com efeito, na linha do que foi afirmado no item 26, tanto a concomitância quanto a litispêndência constituem requisitos de validade objetivos extrínsecos da relação processual. São pressupostos negativos, ou

seja, fatos que não podem ocorrer para que o procedimento se instaure validamente. Representam acontecimentos estranhos à relação jurídica processual (daí o adjetivo "extrínseco") que, uma vez existentes, impedem a formação válida do processo (procedimento). (grifos conforme original)

9.5. Feitos esses esclarecimentos, e à vista da terminologia utilizada nos normativos retromencionados, adotar-se-á, neste parecer, o entendimento de que a expressão “mesmo objeto” diz respeito àquilo sobre o qual recairá o mérito da decisão, quando sejam idênticas as demandas. Portanto, tem-se como critérios de aplicação da impossibilidade do prosseguimento do curso normal do processo administrativo, em vista da concomitância com processo judicial, tanto o pedido como a causa de pedir, e não somente o pedido.

9.6. Seguindo essa lógica, caso o processo administrativo fiscal contenha pedido mais abrangente que o do processo judicial, ele deve ter seguimento somente em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. **Se, por exemplo, a ação judicial requer a anulação de um lançamento em relação a determinada multa, mas nada diz sobre a base de cálculo do tributo, e a impugnação administrativa tratar também da discussão sobre a base de cálculo, esta parte deverá ser objeto de julgamento administrativo.**

10.A prevalência, nesses casos, do curso do processo judicial se deve ao princípio constitucional da unicidade de jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”), segundo o qual o Poder Judiciário detém o monopólio do controle jurisdicional, não sendo necessário que se configure a efetiva lesão a direito, bastando a simples ameaça para que se dê o ingresso em juízo. Ademais, o caráter de não definitividade das decisões administrativas consiste na possibilidade de sua apreciação pelo Judiciário. Registre-se, ainda, a desnecessidade do esgotamento da via administrativa para o acesso ao Poder Judiciário, como ocorria no sistema constitucional revogado (CF/1967, art. 153, § 4º). (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 312).

10.1. Outra justificativa que se pode invocar para a inadmissibilidade da concomitância entre as discussões sobre a mesma matéria nas instâncias judicial e administrativa, sob pena de se admitir um dispêndio desnecessário de recursos públicos, além do risco de se obterem decisões conflitantes, passa pelo princípio da economia processual, o qual, segundo lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 79), “preconiza o máximo

resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”. Trata-se do mesmo princípio que inspira os efeitos do instituto da litispendência no processo civil (arts. 219, 267 e 301 do CPC).

10.2. Comentando o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, Paulsen, Ávila e Sliwka inferiram com precisão que:

A aplicação do artigo pressupõe identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial. O parágrafo em questão tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada. Considerando que o contribuinte tem direito a se defender na esfera administrativa, mas que a esfera judicial prevalece sobre a administrativa, não faz sentido a sobreposição dos processos administrativo e judicial. A opção pela discussão judicial, antes do esaurimento da esfera administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, levando o seu caso diretamente ao Poder ao qual cabe dar a última palavra quanto à interpretação e à aplicação do Direito, o Judiciário. Entretanto, tal pressupõe identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial. Caso a ação anulatória fira, e.g., a questão da constitucionalidade da norma tributária impositiva e o recurso administrativo se restrinja a discussões quanto à apuração do valor devido, em razão de questões de fato, não haverá a identidade que tornaria sem sentido a concomitância das duas esferas. (PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. Direito Processual Tributário PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL e EXECUÇÃO FISCAL à luz da doutrina e da jurisprudência. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 519) (*negrejei*)

Sob esta ótica, a possibilidade de serem proferidas decisões conflitantes nas esferas judicial e administrativa não é suficiente para restringir o direito à litigância administrativa, mormente se esta possibilidade decorrer de um erro na prestação jurisdicional, por meio de decisões *extra petita*, por exemplo. É necessário que o sujeito passivo dê causa a este risco, o que demanda a avaliação da causa de pedir e do pedido levado ao Poder Judiciário.

No presente caso, como bem evidenciado no voto da Conselheira Relatora e destacado pela PGFN, o sujeito passivo submeteu à discussão no Poder Judiciário apenas as exigências mantidas em julgamento de recurso voluntário, acerca das quais não interpôs recurso especial, sujeitando-se à cobrança administrativa e à consequente prestação de garantia para propositura de ação ordinária anulatória de lançamento fiscal. Especificamente no que se refere às penalidades aplicadas, a transcrição dos excertos correspondentes da petição inicial, presente no voto da Conselheira Relatora, deixa evidente que a discussão se restringiu à multa de ofício básica de 75%.

Cabe complementar que o pedido da ação judicial foi assim posto (e-fls. 11138/11139):

O PEDIDO

Diante do exposto é a presente para requerer a V. Exa. se digne determinar a citação da Ré na pessoa de seu representante legal para, querendo, vir responder aos termos da presente ação, a qual pede e espera a Autora seja julgada procedente a fim de:

- a) ser totalmente cancelada a cobrança correspondente aos tributos, multas e juros de mora, objeto do Processo Administrativo nº 16561.720087/2011-81; e
- b) condenar a Ré ao pagamento dos honorários advocatícios, reembolso das custas processuais e custas relativas à fiança bancária juntada aos autos, honorários periciais e demais ônus inerentes à sucumbência.

Requer a autora, assim, com fundamento no artigo 300 do CPC e artigo 151, inciso V, do CTN, e tendo em vista a presença inequívoca no caso da "probabilidade do direito" e do "perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo", a concessão de tutela de urgência para o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário objeto do Processo Administrativo nº 16561.720087/2011-81, obstando-se em consequência o prosseguimento de quaisquer atos administrativos tendentes à sua cobrança ou de natureza coercitiva, tais como a inscrição dos supostos débitos em dívida ativa, o ajuizamento de execução fiscal, a negativa de expedição de certidões de regularidade fiscal ou a inscrição/manutenção do nome da Autora no CADIN em função do suposto débito, até o julgamento definitivo do presente feito.

Requer, ainda, a produção de provas por todos os meios em direito admitidos, principalmente de índole pericial.

Dando à presente o valor de R\$ 592.721.832,51, e requerendo que todas as intimações relativas ao presente feito sejam feitas em nome do advogado indicado neste impresso, inscrito na OAB/SP sob nº 26.750.

Esclareça-se que, apesar de se referir a "multas" objeto do processo administrativo, em expressão no plural e que poderia ser interpretada como também abrangendo a multa qualificada e não apenas a multa de ofício de 75% aplicada sobre os créditos tributários que já eram múltiplos por se referirem a IRPJ e CSLL apurados nos anos-calendário 2006 e 2007, o pedido do sujeito passivo foi de cancelamento da cobrança, esta delimitada na descrição dos fatos da petição inicial e correspondente aos valores que foram consignados na intimação lavrada depois do julgamento do recurso voluntário, e tendo em conta os créditos tributários nele mantidos. Logo, aquela referência não é suficiente para se concluir que o pedido deduzido perante o Poder Judiciário também alcança a majoração decorrente da qualificação da penalidade.

É certo que, neste contexto, se o Poder Judiciário decidir pela exoneração da multa de ofício de 75%, possivelmente esta decisão refletirá na sua qualificação em debate na esfera administrativa, dado que este gravame é estipulado legalmente mediante duplicação do percentual básico. Mas, de outro lado, se a decisão judicial for no sentido de manter a penalidade de ofício, resta fora de dúvida que o sujeito passivo não alcançará, por meio da ação proposta, uma avaliação da qualificação da penalidade. E isto em um contexto no qual, no momento da propositura da ação anulatória, o acréscimo decorrente da qualificação da penalidade não integrava a cobrança dirigida ao sujeito passivo, vez que exonerado em julgamento de recurso voluntário e submetido à discussão administrativa pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Declarar a concomitância em face de preclusão lógica decorrente da submissão, ao Poder Judiciário, da definição acerca do percentual de multa de ofício aplicável ao crédito tributário eventualmente mantido naquela esfera significa, indiretamente, dizer que o sujeito passivo deveria ter submetido ao crivo judicial a integralidade do crédito tributário lançado, apesar de a cobrança recair sobre apenas parte dele, e isto detendo decisão administrativa exonerando a qualificação da penalidade, o que poderia, inclusive, conduzir a uma decisão de carência de ação no âmbito judicial, por falta de interesse processual.

É possível, sim, que decisão judicial torne inócua a lide administrativa, mormente se cancelado o crédito tributário principal questionado na ação anulatória. Contudo, frente à possibilidade de este crédito tributário ser mantido na esfera judicial, assim como a multa de ofício básica, a lide administrativa acerca da qualificação da penalidade deve prosseguir. No máximo poder-se-ia cogitar, em tais circunstâncias, de uma prejudicial externa, que impusesse o sobrestamento do presente feito até a decisão final da lide no âmbito judicial.

Mas, em verdade, nem mesmo de prejudicial externa se cogitaria se o sujeito passivo expusesse claramente ao Poder Judiciário a subsistência do litígio administrativo acerca da qualificação da penalidade. O que se vê, porém, na petição inicial da Ação Ordinária Anulatória de Lançamento Fiscal às e-fls. 11030/11139 é o relato dos fatos fiscalizados, dos recursos interpostos pelo sujeito passivo e das decisões no âmbito administrativo, com o seguinte arremate:

[...]

Talvez por não constar no relato dos fatos da petição inicial que o cancelamento da qualificação da penalidade por ocasião do julgamento do recurso voluntário sujeitou-se a recurso especial da PGFN, à época já admitido pela Presidência da 1ª Câmara e contrarrazoado pela Contribuinte em 25/08/2015 (e-fls. 10755/10820), mais de dois anos antes da propositura da ação judicial, o deferimento da tutela antecipada indicou aquela exoneração sem qualquer ressalva, nos seguintes termos (e-fls. 11004/11014):

[...]

De toda a sorte, a motivação do *decisium* evidencia que o cancelamento da qualificação da penalidade não foi determinante para a conclusão adotada e, ademais, como antes dito, se a decisão judicial extrapolasse o objeto da ação judicial, isso não implicaria concomitância.

Acrescente-se que são frequentes as decisões desta 1ª Turma que tiveram em conta, apenas, a qualificação da penalidade, adentrando a aspectos de planejamentos tributários que afetariam não só este encargo como também o próprio dimensionamento do crédito tributário principal, apesar deste não integrar o litígio. E isto porque é praticamente impossível avaliar a conduta do sujeito passivo para fins de qualificação da penalidade sem examinar os fundamentos da exigência do crédito tributário principal, a motivação para a imputação de omissão de receitas ou de glosa de despesas, por exemplo. Disto não decorre, porém, a suspensão da exigibilidade de todo o crédito tributário lançado, mas apenas da parcela correspondente à qualificação da penalidade, o que significa dizer que, mesmo adentrando a aspectos da apuração do tributo, a decisão do Colegiado administrativo terá eficácia limitada à parcela em litígio, mesma conclusão que se impõe em face do provimento esperado pelo sujeito passivo ao propor a ação anulatória em comento.

Manifesta-se, portanto, concordância com as constatações da Conselheira Relatora de que *é praticamente impossível separar totalmente as discussões sobre a dedutibilidade do ágio e a conduta ensejadora da qualificação da multa, a qual se subsume à análise da mesma relação jurídica material*. Porém, o fato de o Poder Judiciário também se manifestar sobre estes aspectos não pode representar impedimento à apreciação do recurso especial interposto pela PGFN por este Colegiado se a decisão em cada esfera afetará diferentes parcelas do crédito tributário exigido do sujeito passivo. Apenas que, se ao examinar tais circunstâncias, o Poder Judiciário concluir pela inexigibilidade do crédito tributário principal, ou mesmo pela inaplicabilidade nem mesmo da penalidade básica, eventual decisão deste Colegiado em favor da duplicação da multa de ofício não terá aplicabilidade. Ao revés, se o Poder Judiciário validar os tributos lançados e a penalidade básica de 75%, o sujeito passivo não poderá opor esta decisão para negar aplicação de eventual decisão deste Colegiado que venha a declarar válida a duplicação daquela penalidade, salvo se o provimento judicial estiver viciado e ultrapassar os limites da causa de pedir e do pedido, hipótese na qual a Fazenda Nacional deverá se valer dos instrumentos processuais cabíveis para a sua necessária reversão.

Por todo o exposto, sendo distintas a causa de pedir e o pedido veiculados na ação anulatória de lançamento fiscal em comento, deve ser REJEITADA a preliminar de concomitância.

A conclusão subsiste válida: o fato de o Poder Judiciário também se manifestar sobre aspectos da mesma relação jurídica material em debate no âmbito administrativo não pode representar impedimento à apreciação do recurso especial, na hipótese de a decisão em cada

esfera afetar diferentes parcelas do crédito tributário exigido do sujeito passivo. Aqui, com mais razão, sequer da mesma relação jurídica material se trata, vez que o crédito tributário objeto da ação judicial teve sua cobrança destacada justamente em razão de sua autonomia com a matéria a suscitada em recurso especial pela PGFN.

Registre-se, por fim, que em 03/05/2023 foram recebidos neste Conselho, para juntada a estes autos, documentos que registram a evolução processual do Mandado de Segurança citado, no qual a PGFN reconheceu parcialmente a procedência do pedido da Contribuinte, sendo a causa assim sentenciada:

Contudo, é importante destacar que a empresa autora esclareceu que, com relação às cobranças referentes aos créditos tributários do ano de 2012, no Processo Administrativo nº 16327.721152/2013-35 o lucro foi recalculado em razão da amortização do ágio.

Assim, se reconhecida a higidez do ágio aproveitado pela Autora naqueles autos, ainda pendentes de julgamento final, o prejuízo fiscal e a base negativa da CSLL serão restabelecidos, o que terá como imediata consequência a anulação dos créditos tributários de 2012 aqui discutidos.

Nesse ponto, a parte pleiteia a suspensão do feito até deslinde do Processo Administrativo nº 16327.721552/2013-35, em que se discute a amortização das despesas de ágio que deram origem ao prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL aproveitados nos períodos de 2011 e 2012.

Possui razão a parte. Entendo que o julgamento do feito, e até mesmo a necessidade da produção de prova pericial pleiteada em caráter subsidiário pela parte autora, podem ser diretamente impactados pela decisão no Processo Administrativo nº 16327.721552/2013-35. E, para que não ocorram violações ao devido processo legal ou às partes, cabe a suspensão do processo por prazo determinado.

Diante de todo o exposto:

- (i) HOMOLOGO o reconhecimento da procedência do pedido da União Federal parcialmente no que toca aos créditos tributários decorrentes da glosa de saldo negativo e base de cálculo negativa de CSLL do período de 2011; e
- (ii) determino a SUSPENSÃO do processo pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, com fundamento no artigo 313, V, “a”, do CPC.

Confirma-se, daí, a inexistência de concomitância com a questão de fundo aqui debatida.

Com respeito às objeções da Contribuinte ao recurso fazendário acerca “da indedutibilidade do ágio amortizado. Fundamento econômico pautado em fundo de comércio”, cabe aqui reproduzir a análise ampliada dos litígios instaurados acerca desta matéria, exposta no voto de conhecimento do recurso especial interposto pela Contribuinte nos autos do processo administrativo nº 16327.721552/2013-35:

Passando à análise das objeções ao conhecimento do recurso especial, importa primeiro observar que nestes autos a insurgência relacionada à amortização fiscal do ágio foi manifestada pela Contribuinte, apresentando como paradigma o acórdão nº 1402-001.925, exarado no âmbito da primeira exigência formalizada contra ela em razão da mesma operação, processo administrativo nº 16327.00992/2010-11. De outro lado, nos autos do processo administrativo nº 16327.720827/2016-66 (quarta exigência formalizada contra a Contribuinte), pautado nesta mesma reunião de julgamento, o recurso especial foi interposto pela PGFN tendo como paradigma o acórdão aqui recorrido, nº 1301-002.430, além do paradigma nº 1402-001.029.

Em ambos os autos há objeções ao conhecimento do recurso da parte contrária. Nestes autos a PGFN aduz que a Contribuinte *não demonstrou a similitude dos casos concretos cotejados*, e não observou que *a decisão recorrida está amparada em diversos fundamentos, sendo cada um deles, suficiente por si só, para manter o resultado do julgamento*. Já nos autos do processo administrativo nº 16327.720827/2016-66, a Contribuinte contesta o recurso fazendário por *ausência de legislação tributária interpretada de forma divergente*, mas apenas *uma apreciação divergente das provas juntadas aos autos, mais especificamente, dos laudos que comprovam o fundamento econômico do ágio*. Aqui, porém, em sua visão, essa interpretação divergente quanto ao conteúdo dos laudos, representaria atribuição de *interpretação ao artigo 385 do RIR/99 diametralmente oposta* à do paradigma indicado.

A circunstância de os casos comparados tratarem da mesma operação realizada pelo mesmo sujeito passivo, com repercussão em vários anos calendários e, assim, objeto de lançamento em distintos autos, submetidos à apreciação de diferentes Colegiados do CARF, é um indicativo forte no sentido de as soluções distintas representarem diferentes interpretações da legislação de regência da matéria. Tal, porém, somente se confirmará se as decisões diferentes partirem de discussões sob premissas semelhantes.

E múltiplos fatores podem conduzir os Colegiados a decidir de forma diferente acerca da procedência do lançamento. Sem pretender exaurir as possibilidades, pode-se cogitar que: i) os lançamentos: i.i) sejam aperfeiçoados com o acréscimo de argumentos de reforço nas lavraturas posteriores à primeira; i.ii) sejam depreciados com exposições resumidas ou adaptações incorretas da primeira formalização; ou i.iii) refiram legislação distinta em razão da sua alteração ao longo do período no qual os efeitos tributários se verificaram; ii) as defesas também sejam aperfeiçoadas ou depreciadas ao tempo em que produzidas; iii) distintas autoridades julgadoras de 1ª instância confrontem as defesas com argumentos específicos ou até reconheçam de vícios de ofício, que motivem recursos voluntários com diferentes construções argumentativas; e iv) Colegiado de 2ª instância ignore argumentos de defesa que outro Colegiado tome como determinante para a solução distinta aplicada ao caso. Esta última circunstância, em regra, demandará atuação da parte interessada para desfazer a

dessemelhança entre os cenários mediante oposição de embargos de declaração, isso se distinção não estiver consolidada por insuficiência do recurso voluntário.

Mas, uma vez alinhados os cenários submetidos aos diferentes Colegiados do CARF, as distintas manifestações a partir das mesmas premissas necessariamente evidenciará divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária porque a produção do ato decisório, como ato administrativo, não contempla espaço de liberdade no qual possa se situar a justificativa para diferentes respostas da Administração Tributária aos interessados. A resposta deverá, necessariamente, resultar de interpretação da legislação tributária, e isso inclusive no exercício da livre convicção prevista no art. 29 do Decreto nº 70.235/72¹, dado tal dispositivo apenas impedir a imposição ao julgador de uma fórmula de apreciação de provas, sem representar um salvo-conduto para edição de atos decisórios imotivados.

No presente caso, as soluções adotadas pelos diferentes Colegiados do CARF são substancialmente distintas e claramente afetadas pela percepção dos fatos extraída da acusação fiscal. O Colegiado *a quo* entendeu que *os laudos apresentados não comprovam que o fundamento econômico do ágio é a expectativa de rentabilidade futura*, ao passo que o voto condutor do paradigma nº 1402-001.925 é expresso no sentido de que *a autoridade fiscal não impugnou os elementos indicados no laudo contábil que apurou a expectativa de rentabilidade futura*. Adicione-se, por oportuno, que a PGFN opôs embargos contra o paradigma, que foram admitidos porque o *aresto embargado não analisou a questão sob a ótica de um suposto planejamento tributário abusivo mediante a utilização de “empresas veículos”*. Contudo, na apreciação do mérito adicionou-se, por meio do Acórdão nº 1402-002.104, que não haveria omissão, posto consignado pelo relator que *não é dado a este colegiado afastar-se dos motivos que determinaram a autuação (teoria dos motivos determinantes do ato administrativo)*.

A crítica à acusação fiscal veiculada no paradigma nº 1402-001.925, e os limites afirmados em embargos ao julgamento, em face dos motivos determinantes da autuação, não referidos no recorrido, impõem verificar se há alinhamento entre as acusações que originaram os litígios submetidos a decisão dos diferentes Colegiados do CARF.

A análise do relatório dos acórdãos nº 1301-002.430 e 1402-001.925, porém, não deixa dúvida que as acusações fiscais são idênticas, assim como os argumentos de defesa não apresentam distinção significativa. As decisões, assim, diferem no conteúdo que extraem da prova determinante para a definição do dispositivo legal aplicável aos efeitos tributários da amortização do ágio escriturado: enquanto a 2ª Turma da 4ª Câmara analisa o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira e conclui que ele expressa rentabilidade futura do investimento

¹ Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

adquirido, a 1ª Turma da 3ª Câmara conclui, em sentido diametralmente oposto, que seus elementos evidenciam a avaliação de um fundo de comércio.

No paradigma nº 1402-001.925, o voto condutor traz expresso ser *imprescindível que se avalie o laudo como um todo, extraindo dele sua real essência*, desmerecendo a importância do seguinte trecho destacado pela autoridade lançadora:

"O CAM foi recentemente desmembrado em duas empresas, o Citiportfolio, cujo produto são as carteiras administradas, contando com cerca de 70 clientes individuais, principalmente fundos de pensão; e o Citifundos, que tem como produto os fundos de investimento, contando com aproximadamente 100.000 clientes, incluindo varejo, geridas tanto exclusivamente, quanto conjuntamente. Uma vez que o Citifundos é uma empresa recém-criada, não dispõe de histórico próprio, de forma que a análise feita a seguir refere-se ao CAM como um todo."

Assim, a análise do crescimento das receitas líquidas e patrimônio administrado pelos fundos foi baseada em dados do CAM do Grupo Citibank no período de 2002 a 2004. "

E, avançando no conteúdo do laudo, o voto condutor do paradigma conclui que:

Tanto um laudo quanto o outro, além do "modulo demonstração da expectativa de resultado para os anos futuros (2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2001 e 2012", à semelhança do que consta às fls. 90 e 120 (anexo I de cada um dos laudos) e "Fluxo de Caixa Descontado (fls. 90 e 121)", correspondente aos anexos II dos respectivos laudos, contém os seguintes indicativos, que transcrevo em relação ao Citifundos, mas que também estão registrados, com os mesmos termos, no que diz respeito ao Citiportfolios:

Na estimativa do valor, baseamo-nos no conceito de valor de investimento ("investimento value"), o qual é geralmente definido como o preço no qual um ativo poderia ser comprado ou vendido sob a ótica de um investidor específico, ou seja, considerando seus próprios e individuais interesses.

O valor de investimento de um negócio para um investidor específico ou potencial proprietário pode ser diferente do seu valor justo de mercado por algumas razões, tais como as seguintes:

- Diferenças nas estimativas de lucratividade futuras.
- Diferenças na percepção de risco e na taxa esperada de retorno, e
- Sinergias com outras operações.

Na avaliação das operações do Citifundos, conforme detalhado no relatório a seguir, foi adotado o "Income Approach" (Método de

Lucratividade), baseado no enforque do fluxo de caixa futuro descontado a valor presente para determinar o “investment value”. O enfoque do fluxo de caixa descontado tem como base o conceito de que o valor econômico de um negócio em marcha está diretamente relacionado ao valor presente dos fluxos de caixa líquidos gerados pelas operações da Empresa no futuro. Isso porque somente o caixa pode ser usado para pagamento de dividendos ou novos investimentos.

Na avaliação do Citifundos foi considerado cenário projetivo único, que representa as operações esperadas para a Empresa em seu mercado de atuação.

...

IV – SUMÁRIO DAS PRINCIPAIS PREMISSAS E CONSIDERAÇÕES

As projeções das operações do Citifundos consideraram o período de 1º de dezembro de 2005 a 31 de dezembro de 2012

Todos os valores apresentados neste relatório foram projetados em moeda corrente (R\$).

O cálculo do valor da Empresa seguiu a metodologia do fluxo de caixa descontado a valor presente, com base em uma taxa calculada conforme o modelo “Capital Asset Pricing Model – CAPM”.

...

V – RESULTADOS DA AVALIAÇÃO

Com base nas informações fornecidas, nas análises mencionadas, nas principais considerações e nas premissas descritas no relatório a seguir, o valor (“investment value”), em 01 de dezembro de 2005, das operações do Citifundos, é de R\$ 156.312 (cento e cinquenta e seis milhões, trezentos e doze mil reais), cuja composição apresentamos a seguir

Descrição	R\$ mil
Fluxo de Caixa a Valor Presente (1º de dezembro de 2005 a 31 de dezembro de 2012)	59.612
(+) Valor Residual (Perpetuidade)	<u>96.700</u>
= Valor Econômico do Fluxo de Caixa Operacional	156.312
(+/-) Ajustes (ativos e passivos não operacionais)	0
= Valor Econômico-financeiro do Citifundos	<u>156.312</u>

Os números, no que diz respeito ao Citiportfolios, encontram-se às fls. 120 e 121, sendo que no que diz respeito a demonstração de resultado contém os seguintes valores, que ao meu sentir representam expectativa de

resultado futuro, já que elaborados em 2005 com projeções até 2012, “in verbis”:

[...]

As causas acima analisadas, cujos valores atribuídos foram elaborados prevendo expectativa de resultados futuros, estão a demonstrar que a importância paga não estava a remunerar a aquisição de uma carteira de clientes ou fundo de comércio, como entendeu a autoridade fiscal, mas sim expectativa de rentabilidade futura, sendo o ágio, nestas condições, passíveis de amortização, conforme previsto no artigo 20, § 2º, b, do Decreto-Lei 1.598, de 1977, combinado com os artigos 7º, III e 8º, b, da Lei nº 9.532, de 1997, com a redação dada pela Lei nº 9.718, de 1995⁸⁶.

Em resumo, **a autoridade fiscal não impugnou os elementos indicados no laudo contábil que apurou a expectativa de rentabilidade futura. Limitou-se a presumir, sem elementos de prova, que a autuada estava adquirindo a carteira de clientes e o fundo de comércio.** No entanto, quando se examinam os elementos e premissas contidas no laudo verifica-se que os valores indicados por estes e pagos pela empresa autuada dizem respeito à expectativa de rentabilidade futura e não à aquisição de carteira de clientes ou fundo de comércio. *(negrejou-se)*

O voto condutor do acórdão recorrido, por sua vez, percorre o mesmo caminho para avaliação da prova, mas chega a conclusão diametralmente oposta. Primeiramente reproduz os seguintes excertos do Relatório de Avaliação Econômico-Financeira para afirmar *que a análise refere-se às operações do CAM – Citigroup Asset Management e não das empresa Citifundos e Citiportifólio:*

Fls. 522 e 553

(...) Uma vez que a Citifundos é uma empresa recém-criada, não dispõe de histórico próprio, de forma que a análise feita a seguir refere-se ao CAM como um todo.

Fls. 515 e 545

Nossos procedimentos não incluíram trabalhos de auditoria dos dados e das informações fornecidas pela Administração do CAM os quais foram considerados e mencionados no relatório (...).

Fls. 526 e 557

O trabalho de avaliação foi baseado em documentos e informações, os quais em sua maioria, foram fornecidos pela Administração do CAM.

Fls. 532 e 563

(...) Para o ano de 2006 as projeções foram feitas com base nas informações da Administração do CAM (...).

[...]

"Uma vez que a Empresa é recém-criada, os custos foram projetados para o negócio CAM e rateados nas novas entidades (Citifundos e Citiportfólio) por meio do critério da receita." (fls. 533 e 563)

E, refutando precisamente o argumento final do paradigma, no sentido de que a Fiscalização, ao afirmar que o fundamento do ágio teria origem no fundo de comércio, basear-se-ia **em presunções e de forma genérica, sem produzir qualquer prova para referendar tal alegação e sem questionar a validade dos laudos elaborados por empresa de avaliação especializada**, o voto condutor do recorrido o rejeita, expressando que:

Diversamente do alegado pela recorrente, a fiscalização e a decisão recorrida afirmaram que o ágio teria como origem o fundo de comércio e apontaram as razões pelas quais concluíram que o valor apurado no Relatório de Avaliação Econômico-Financeira não era relativo à mais valia das empresas Citifundos e Citiportfólio. Da leitura dos trechos dos laudos acima transcritos verifica-se que, ao descrever a empresa a ser analisada, em ambos os relatórios, consta que a análise seria feita do negócio CAM (Citigroup Asset Management) como um todo, isto porque as empresas Citifundos e Citiportfólio, por serem empresas recém-criadas, não dispunham de histórico próprio.

Defende a recorrente que nem a fiscalização e muito menos a DRJ desconstituíram a prova por ela apresentada, ou seja, o laudo de avaliação com presunção de veracidade, para fundamentar a glosa da despesa realizada, o que seria imprescindível para a validade e lisura dos lançamentos ora combatidos. De igual sorte não assiste razão à recorrente. **Os laudos apresentados pela recorrente não foram desconsiderados pela fiscalização pois são os próprios laudos que, apesar de indicarem o valor das empresas, comprovam que na verdade avaliaram o valor de mercado da atividade de gestão de ativos do grupo Citibank. (negrejou-se)**

A essência da divergência entre os acórdãos comparados, portanto, é o conteúdo extraído do laudo apresentado. No paradigma, as projeções de resultados futuros das empresas evidenciaram o fundamento do ágio em expectativa de rentabilidade futura. Já no recorrido, o fato destas empresas serem recém-criadas e de a análise ser pautada no negócio CAM (Citigroup Asset Management) demonstrariam, apenas, *o valor de mercado da atividade de gestão de ativos do grupo Citibank*.

Note-se que para endossar a constatação da autoridade lançadora, o voto condutor do acórdão recorrido transita pela legislação civil e por atos normativos da Receita Federal para conceituar fundo de comércio e assim retornar aos atos de aquisição para afirmar que o objeto de avaliação nos laudos de rentabilidade futura foi o fundo de comércio adquirido.

Não há dúvida, assim, que diferentes Colegiados do CARF analisaram o mesmo cenário fático, sob as mesmas premissas trazidas pela autoridade lançadora e pela

defesa do sujeito passivo, mas alcançaram conclusões opostas acerca do que conteúdo da prova analisada, para fins de seu enquadramento nas hipóteses do art. 385, §2º do RIR/99, em especial aquelas previstas no inciso II (valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros) e no inciso III (fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas), e isto tendo em conta que apenas o enquadramento no inciso II, autoriza a amortização fiscal na forma do art. 386, inciso II do mesmo RIR/99.

A referência a dispositivos legais e normativos distintos, pelo recorrido, apenas reforça a existência de divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária, vez que esta não precisa, necessariamente, repousar sobre o mesmo dispositivo legal ou normativo. Confirmado que a divergência se situa no conteúdo da mesma prova, submetida ao mesmo embate entre acusação e defesa administrativas, não se vislumbra, como já dito, espaço de liberdade no qual possa se situar a justificativa para diferentes respostas da Administração Tributária aos interessados. As decisões distintas evidenciam que os Colegiados do CARF possuíam diferentes visões da legislação tributária que rege o fato analisado.

Para validar estes parâmetros de análise, embora desnecessário nestes autos, releva notar que o Acórdão nº 1401-003.043, questionado pela PGFN nos autos do processo administrativo nº 16327.720827/2016-66, embora referindo as duas decisões acima confrontadas, adota outra construção interpretativa para também decidir em favor da Contribuinte. Registre-se que o relatório do Acórdão nº 1401-003.043 traz os mesmos parâmetros acusatórios e de defesa apresentados nas decisões acima referidas, mas não refere as mesmas evidências do paradigma nº 1402-001.925 para concluir pela dedutibilidade das amortizações do ágio. Sob outro direcionamento, o voto condutor do Acórdão nº 1401-003.043 confronta os fundamentos do acórdão aqui recorrido, nº 1301-002.430, e refere doutrina que não vislumbra vedação na legislação ao fato de que *o pagamento do goodwill tenha mais de um fundamento*, bem como discorda das restrições pautadas no fato de a empresa avaliada ter sido recém-criada, ao final conferindo um amplo espectro ao que significa “expectativa de rentabilidade futura” na legislação tributária.

Assim, também no confronto destes julgados, proferidos em face da mesma Contribuinte e do mesmo cenário fático, sob as mesmas premissas trazidas pela autoridade lançadora e pela defesa do sujeito passivo, constata-se que há divergência acerca do conteúdo da prova analisada, para fins de seu enquadramento nas hipóteses do art. 385, §2º do RIR/99, em especial aquelas previstas no inciso II (valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros) e no inciso III (fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas). Não prospera, dessa forma, a objeção da Contribuinte, manifestada naqueles autos contra o conhecimento do recurso fazendário, pautada no entendimento de que lá teria havido, apenas, *uma*

apreciação divergente das provas juntadas aos autos, mais especificamente, dos laudos que comprovam o fundamento econômico do ágio.

Com referência ao segundo paradigma admitido no processo administrativo nº 16327.720827/2016-66 (Acórdão nº 1402-001.029), tratava-se de outra operação, que também gerou ágio amortizado pelo sujeito passivo, e glosado sob o fundamento de que a *compra direta da “carteira de clientes”*, veiculada como aquisição de participação societária, não evidenciaria ágio fundamentado em rentabilidade futura da investida, mas apenas em outras razões econômicas. Há similitude entre as operações, apesar de lá se tratar de carteira de clientes de seguros, e aqui de gestão de recursos de terceiros, mas com tal objeto também alocado em “empresa recém-criada”. Aqui, embora a objeção fiscal deduzida contra a operação realizada pela Contribuinte esteja fundamentada no conteúdo do laudo de avaliação econômica do investimento, a possibilidade de caracterização do ágio como decorrente de expectativa de rentabilidade futura também é negada. Aquele julgado, por sua vez, apesar de não enfrentar especificamente o conteúdo do laudo, examinou acusação fiscal para a qual bastou o fato de a aquisição de participação societária decorrer do interesse na carteira de clientes para validar a indedutibilidade fiscal do ágio amortizado, que assim somente poderia ter por fundamento outras razões econômicas. Dessa forma, enquanto na operação realizada pela Contribuinte discute-se com maior detalhe a validade do fundamento do ágio em rentabilidade futura, por ela adotada, no paradigma nº 1402-001.029 admite-se a fundamentação em outras razões econômicas sem maior discussão, apenas por se tratar de aquisição de carteira de clientes. Sob esta ótica, o dissídio jurisprudencial resta demonstrado também em relação a este segundo paradigma nos autos do processo administrativo nº 16327.720827/2016-66.

Por todo o exposto, nestes autos, deve ser CONHECIDO o recurso especial da Contribuinte na matéria “Da Rentabilidade Futura como Fundamento Econômico do Ágio”, em face da divergência evidenciada a partir do único paradigma aceito no exame de admissibilidade, Acórdão nº 1402-001.925.

Estas razões evidenciam, aqui, que deve ser CONHECIDO o recurso especial da PGFN com base nos dois paradigmas admitidos (1301-002.430 e 1402-001.029).

Com respeito à matéria “da possibilidade de aplicação da multa isolada após o encerramento do período-base e de forma concomitante com a multa de ofício”, a Contribuinte opõe a Súmula CARF nº 105 como impeditiva ao conhecimento do recurso especial da PGFN.

Referido enunciado, porém, se circunscreve à redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, antes das alterações promovidas a partir da Medida Provisória nº 351/2007, vigentes nos períodos autuados e em períodos de apuração analisados nos paradigmas, nos quais, diversamente do que decidido no recorrido, afirmou-se o cabimento das multas isoladas ainda que concomitantemente com a multa de ofício proporcional.

Assim, também neste ponto deve ser CONHECIDO o recurso especial da PGFN.

Recurso especial da PGFN - Mérito

Na matéria “da indedutibilidade do ágio amortizado. Fundamento econômico pautado em fundo de comércio”, cabem aqui os fundamentos expostos no voto proferido no processo administrativo nº 16327.721552/2013-35:

Como referido na análise do conhecimento, o questionamento dirigido à Contribuinte, nas exigências contra ela formalizadas, foi limitado ao fundamento do ágio pago na aquisição de participação societária nas recém-criadas Citifundos Asset Management Ltda e Participações Ltda e Citiportfólio Asset Management Ltda, entre as quais foi repartida *a totalidade do negócio de gestão de ativos global à época operado como Citigroup Asset Management (CAM)*.

A definição dessa premissa é essencial para a fixação da interpretação da legislação tributária de regência, porque distinta poderia ser a solução caso a análise tivesse em conta acusação fiscal de aquisição de ativos distintos de uma participação societária. A discussão acerca do fundamento do ágio pago somente se estabelece se admitida a operação de aquisição de participação societária.

O Termo de Verificação Fiscal, por sua vez, não deixa dúvidas acerca da premissa assim fixada. A descrição das operações detalha as pessoas jurídicas constituídas para que o Grupo Legg Mason adquirisse o *negócio de gestão de recursos de terceiros (“asset management”)* do Grupo Citibank. O Grupo Legg Mason, por não operar no Brasil, adquiriu duas *holdings* posteriormente denominadas Legg Mason Participações Ltda e Western Asset Participações Ltda, e estas adquiriram as quotas de Citifundos Asset Management Ltda e Participações Ltda e Citiportfólio Asset Management Ltda, pessoas jurídicas nas quais o Banco Citibank S/A aportou *a totalidade dos ativos e passivos, relativos à atividade de administração de recursos de terceiros*, divididos entre “bandeira renda variável” e “bandeira renda fixa”.

A glosa recai sobre a amortização fiscal de ágio pago no valor de R\$ 154.816.956,57 por Legg Mason Participações Ltda na aquisição das quotas de Citifundos Asset Management Ltda (“bandeira de renda variável”), e de ágio pago no valor de R\$ 39.629.638,13 por Western Asset Participações Ltda na aquisição das quotas de Citiportfólio Asset Management Ltda (“bandeira de renda fixa”). As aquisições ocorreram em 01/12/2005, e a partir de 31/12/2005 seguiram-se as incorporações que até 31/05/2006 reuniram as quatro pessoas jurídicas em Citifundos Asset Management Ltda, cuja razão social passou a ser, ao final, Western Asset Management DTVM (Contribuinte). As amortizações dos ágios pagos afetaram seu o lucro tributável a partir do ano-calendário 2006, e a autoridade lançadora promoveu a glosa sob os seguintes fundamentos:

- Nos termos do art. 385 do RIR/99, o lançamento do ágio deverá indicar seu fundamento econômico e ser baseado em demonstração arquivada como comprovante da escrituração;

- A amortização do ágio pela Contribuinte foi promovida à razão de 1/96 avos mensalmente, de forma mais conservadora que a prevista no art. 386, inciso III do RIR/99, mas sob a premissa de que o fundamento econômico é o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- O demonstrativo que embasou a escrituração do ágio é o *Relatório de Avaliação Econômico-Financeira do Citigroup Asset Management, que utilizando a metodologia do fluxo de caixa para o acionista descontado a valor presente – fluxo de dividendos, projeta as operações da CITIFUNDOS e CITIPORTFOLIO no período de 1º de dezembro de 2006 a 31 de dezembro de 2012;*
- O fundamento econômico do ágio pago, porém, foi aquisição de fundo de comércio, relativo à atividade de gestão de recursos de terceiros (CAM) do BANCO CITIBANK, dado a realidade fática na qual insere-se este empreendimento negocial inviabilizar a previsão de resultados futuros de empresas coligadas, pela ausência de histórico de operação na área de gestão de recursos de terceiros;
- Ressalta que a carteira de recebíveis cedida à CITIPORTFOLIO, único ativo transferido, representa a clientela, que não é passível de existência autônoma, estando diretamente relacionada ao fundo de comércio de CAM;
- Conforme doutrina e jurisprudência, fundo de comércio e estabelecimento comercial são palavras sinônimas, e representam itens passíveis objeto de alienação autônoma, na forma do caput do art. 133 do CTN;
- No âmbito civil, estabelecimento comercial está definido no art. 1142 do Código Civil; clientela e aviamento estão relacionados ao fundo de comércio, apesar das diferentes abordagens doutrinárias a respeito; e a expertise da mão de obra utilizada na execução da atividade pode ser tão ou mais importante que os bens corpóreos e incorpóreos que integram o estabelecimento;
- CITIFUNDOS e CITIPORTFOLIO receberam de Citigroup o fundo de comércio relativo à atividade de gestão de recursos de terceiros (CAM), representado por ativos e assunção de passivos, relativos à atividade de asset management (CAM) e parte da clientela atribuída a CITIFUNDOS, além do departamento técnico e infra-estrutura e do suporte operacional atribuídos à CITIFUNDOS. A contratação consistiu na constituição de uma empresa com o propósito de gerir e administrar fundos de investimento e carteiras administradas a serem adquiridas por Legg Mason Inc, sendo que as empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFOLIO, recém-criadas, nunca operaram de forma dissociada do fundo de comércio transferido pelo CITIBANK;
- Empregados do CAM do CITIBANK foram, na quase totalidade, transferidos para CITIFUNDOS, mas permaneceram trabalhando no mesmo local e com a mesma estrutura operacional, dado que a CAM desde 03/03/1999 já operava em local segregado das demais atividades do CITIBANK, em observância a Resoluções do CMN nº 2451/97 e 2486/98;

- Quanto à clientela, *as cessões dos contratos de carteiras administradas foram formalizadas por meio de termos aditivos aos contratos, assinados entre o CITIBANK, a CITIPORTFOLIOS e cada um dos clientes, mas as atividades permaneceram no mesmo local, e a percepção dos clientes foi de que houve apenas uma troca de gestor das carteiras e fundos, porque o CITIBANK ainda operava diretamente junto ao público;*
- Os relatórios de avaliação econômico-financeira registram que as empresas recém-criadas não dispõem *de um histórico próprio, de forma que a análise feita se referiu ao CAM como um todo, ou seja, tendo em conta o crescimento das receitas líquidas e patrimônio administrado pelos fundos a partir dos dados do Grupo Citibank no período de 2002 a 2004. Daí a conclusão de que esses dados foram utilizados a fim de estimar o valor do fundo de comércio/estabelecimento comercial referente à CITIFUNDOS e à CITIPORTFOLIO, considerando-se, também, doutrina segundo a qual o valor do intangível ou do fundo de comércio pode ser determinado também pela previsão de resultados futuros;*
- Como a possibilidade de dedução do ágio está limitada aos casos de ágio cujo fundamento econômico seja expectativa por rentabilidade futura, constatado que no caso o fundamento econômico do ágio é a aquisição de fundo de comércio, cabe a glosa das despesas e exclusões correspondentes realizadas no LALUR nos períodos fiscalizados.

A questão colocada, assim, é se o preço atribuído às participações societárias adquiridas representa o valor do fundo de comércio incorporado ao seu patrimônio ou decorre de uma expectativa de rentabilidade futura do investimento a ser explorado. Na lógica tributária, se o sobrepreço pago, que tem como reverso um ganho auferido pelo alienante, é justificado pela expectativa de resultados futuros, a tributação destes resultados futuros pode ser neutralizada pela realização daquele custo, dada a tributação antecipada, em tese, do ganho auferido pelo alienante. De outro lado, se o sobrepreço pago é justificado por resultados passados, integrados a fundo de comércio subavaliado patrimonialmente, a tributação do ganho auferido pelo alienante passa a ser uma realidade desvinculada dos resultados futuros que o investimento possa gerar em favor do adquirente.

O acórdão paradigma está pautado na premissa de que, como o valor do investimento foi determinado *prevendo expectativa de resultados futuros*, o pagamento não se prestaria a *remunerar a aquisição de uma carteira de clientes ou fundo de comércio*, mas sim *expectativa de rentabilidade futura*. Já o recorrido observa que a rentabilidade futura se refere ao CAM (*Citigroup Asset Management*), vez que as empresas recém-criadas não dispunham de histórico próprio para tal análise, e a avaliação, assim, corresponderia apenas ao fundo de comércio transferidos a essas empresas, ou seja, ao *valor de mercado da atividade de gestão de ativos do grupo Citibank*.

De fato, as participações societárias adquiridas não correspondiam a empresas em atividade, cujo patrimônio acumulado projetasse resultados futuros. O patrimônio destas empresas foi constituído pelo aporte dos elementos ativos e

passivos do fundo de comércio detido pelo Grupo Citibank na atividade do CAM (*Citigroup Asset Management*), e o relatório de avaliação em questão se prestou a determinar o valor presente desses elementos patrimoniais na constituição destas pessoas jurídicas, e não o valor de mercado das participações societárias.

Por certo o pagamento do *goodwill* pode ter mais de um fundamento, mormente se a atividade empresária reúne ativos que comportam valorização específica. O diferencial, aqui, é a inexistência de atividade empresária pelas investidas cuja participação societária foi alienada, o que impõe atribuir toda a avaliação promovida exclusivamente ao fundo de comércio nelas aportado para sua constituição.

Quanto ao fato de este fundo de comércio ter seu valor determinado a partir de cálculos de fluxo de caixa descontado, importa observar que a expectativa de rentabilidade futura pode ser projetada a partir de atividade empresária estabelecida ou de uma reunião de ativos e passivos que serão destinados a uma atividade empresária. O legislador tributário, porém, tratou de forma diferenciada a realização do preço pago pela aquisição de um fundo de comércio, quer ele seja determinado por seu valor histórico ou também considerando expectativas de rentabilidade futura. E no presente caso não há dúvida que o investimento adquirido representava, apenas, um fundo de comércio destacado para exploração pela adquirente.

Sob esta ótica, não merece reparos o voto condutor do acórdão recorrido, que bem refuta os argumentos de defesa da Contribuinte:

A recorrente computou na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, despesas com amortização de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, decorrentes da aquisição das pessoas jurídicas Citifundos e Citiportifólio, em que foi registrado ágio de, respectivamente, R\$ 154.816.956,57 e R\$ 39.629.638,13.

A fiscalização, sob o argumento de que o fundamento econômico do ágio seria o fundo de comércio e intangíveis, considerou indevidas as amortizações efetuadas pela recorrente e, nos termos do inciso II do art. 385, do RIR/99, glosou referidas despesas.

A solução da lide encontra-se na identificação da origem do ágio registrado na contabilidade da recorrente por ocasião das aquisições, visto que o art. 385 do RIR/99 estabelece tratamentos tributários diferenciados para o ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura e para o ágio com fundamento no fundo de comércio e intangíveis.

A recorrente alega, inicialmente, que o fundamento econômico do ágio é critério de decisão único e exclusivo do adquirente, expresso no momento da aquisição pelo fundamento escolhido, o qual está vinculado com o propósito econômico daquele negócio e não pode ser oposto pela autoridade fiscal.

De fato, as partes têm livre iniciativa para determinar o valor do negócio, bem assim, o adquirente pode estabelecer o motivo pelos quais dispõe-se a pagar a mais valia, entretanto, o objeto sujeito à mais valia constante do laudo de reavaliação deve ser o objeto efetivamente avaliado. Para fins fiscais, em nada adianta o laudo mencionar que o objeto de reavaliação são as empresas Citifundos e Citiportifólio se o objeto avaliado é o fundo de comércio relativo à atividade de gestão de recursos de terceiros, ou "asset management", também denominada CAM Citigroup Asset Management.

No caso concreto, apesar de ter registrado em sua contabilidade que o ágio fundamentou-se em expectativa de rentabilidade futura decorrente das aquisições das empresas Citifundos e Citiportifólio, o contrato firmado entre o Citigroup e a Legg Mason, assim, como o laudos apresentados revelam que o ágio em questão tem como fundamento a aquisição do fundo de comércio do Citigroup Asset Management CAM. Consta do "Contrato de Operações" firmado entre a Legg Mason Operações Celebrado entre Citigroup Inc., em 23/06/2005, às fls. 2.069, que *"o Citigroup desejava vender à Legg Mason e a Legg Mason deseja adquirir do Citigroup o Negócio do CAM"*.

Como bem destacado no Acórdão nº 16-30.277, da 10ª Turma da DRJ/SP1, ao apreciar a impugnação da recorrente sobre as autuações relativas aos anos-calendário de 2006 e 2007, nos autos do processo nº 16327.000992/2010-11, da análise dos Relatórios de Avaliação Econômico-Financeira do Citifundos (fls. 511 a 547) e Citiportifólio (fls. 548 a 570) constata-se que as conclusões a que chegaram os referidos relatórios, no sentido de que o fundamento do ágio teria sido o resultado de exercícios futuros das empresas Citifundos e Citiportifólio, não encontram respaldo no conteúdo dos relatórios. De observar-se que diversos trechos dos relatórios confirmam que a análise refere-se às operações do CAM Citigroup Asset Management e não das empresas Citifundos e Citiportifólio:

Fls. 522 e 553

(...) Uma vez que a Citifundos é uma empresa recém-criada, não dispõe de histórico próprio, de forma que a análise feita a seguir refere-se ao CAM como um todo.

Fls. 515 e 545

Nossos procedimentos não incluíram trabalhos de auditoria dos dados e das informações fornecidas pela Administração do CAM os quais foram considerados e mencionados no relatório (...).

Fls. 526 e 557

O trabalho de avaliação foi baseado em documentos e informações, os quais em sua maioria, foram fornecidos pela Administração do CAM.

Fls.532 e 563

(...) Para o ano de 2006 as projeções foram feitas com base nas informações da Administração do CAM (...).

Acrescento às constatações do referido acórdão, o seguinte trecho do Relatório:

"Uma vez que a Empresa é recém-criada, os custos foram projetados para o negócio CAM e rateados nas novas entidades (Citifundos e Citiportfólio) por meio do critério da receita." (fls. 533 e 563)

A recorrente defende que o ágio registrado tem fundamento econômico no valor de rentabilidade dos resultados nos exercícios futuros das empresas adquiridas e, em conformidade com o § 3º do art. 385 do RIR/99, foram apresentados os laudos de avaliação que comprovaram o fundamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura. Acrescenta que apesar de terem sido cumpridos todos os requisitos legais para a dedução da despesa com amortização do ágio, a DRJ, de forma absolutamente contraditória, ratificou o equivocado entendimento da fiscalização de que o fundamento do ágio teria origem no fundo de comércio. Para a recorrente, a fiscalização fez tal afirmação, com base em presunções e de forma genérica, sem produzir qualquer prova para referendar tal alegação e sem questionar a validade dos laudos elaborados por empresa de avaliação especializada;

Diversamente do alegado pela recorrente, a fiscalização e a decisão recorrida afirmaram que o ágio teria como origem o fundo de comércio e apontaram as razões pelas quais concluíram que o valor apurado no Relatório de Avaliação Econômico-Financeira não era relativo à mais valia das empresas Citifundos e Citiportfólio. Da leitura dos trechos dos laudos acima transcritos verifica-se que, ao descrever a empresa a ser analisada, em ambos os relatórios, consta que a análise seria feita do negócio CAM (Citigroup Asset Management) como um todo, isto porque as empresas Citifundos e Citiportfólio, por serem empresas recém-criadas, não dispunham de histórico próprio.

Defende a recorrente que nem a fiscalização e muito menos a DRJ desconstruíram a prova por ela apresentada, ou seja, o laudo de avaliação com presunção de veracidade, para fundamentar a glosa da despesa realizada, o que seria imprescindível para a validade e lisura dos lançamentos ora combatidos. De igual sorte não assiste razão à recorrente. Os laudos apresentados pela recorrente não foram desconsiderados pela fiscalização pois são os próprios laudos que, apesar de indicarem o valor das empresas, comprovam que na verdade avaliaram o valor de mercado da atividade de gestão de ativos do grupo Citibank.

No Código Civil de 2002 a expressão "fundo de comércio" foi substituída por "estabelecimento". É o que consta da exposição de motivos do

supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil, Miguel Reale, ao comentar sobre o Livro II Atividade Comercial:

Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de “ato de comércio”, é substituído pelo de empresa, assim como a categoria de “fundo de comércio” cede lugar à de “estabelecimento”. Consoante justa ponderação de RENÉ SAVATIER, a noção de “fundo de comércio” é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, “que é o corpo de um organismo vivo”, “todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção.” (“La Théorie des Obligations”, Paris, 1967, pag. 124).

O art. 1.142 do Código Civil, assim definiu estabelecimento:

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Para a doutrina majoritária, a expressão “fundo de comércio” é equivalente a “estabelecimento”. Veja a definição de Rubens Requião (“Curso de Direito Comercial”, 24ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2.000, vol. I, p. 248-249), para fundo de comércio:

“O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a base física da empresa, constituindo um instrumento da atividade empresarial.”

Sob o enfoque fiscal, a Receita Federal do Brasil, no Parecer CST nº 2, de 05/01/1971, também admite que as expressões são sinônimas e conceitua fundo de comércio:

“5. Resta examinar o que seja “fundo de comércio” e “estabelecimento comercial”. Essas expressões são sinônimas. “Fundo de comércio” é expressão importada do francês “fonds de commerce” que corresponde à expressão vernácula “estabelecimento comercial.” Designa o complexo de bens, materiais ou não, dos quais o comerciante se serve na exploração de seu negócio. “É uma universalidade expressiva de corpo certo, individualizado, apesar das modificações sucessivas que podem sofrer seus elementos” (Bento de Faria. Direito Comercial; Hanus, Études du fonds de commerce). Por outro lado, juridicamente, não há distinção entre estabelecimento comercial e estabelecimento industrial, compreendendo-se a indústria dentro do comércio (Regulamento nº 737, , de 1850, art. 19, § 3º).”

Dessa forma, o fundo de comércio pode ser entendido como o conjunto de bens, materiais ou não, utilizados na exploração de um determinado negócio. No caso em questão, verifica-se que foi exatamente esse conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, utilizados na atividade de gestão de ativos do Citibank (CAM Citibank Asset Management) que foi transferido para as empresas Citifundos e Citiportifólio, as quais foram, em sequência, adquiridas pelas holdings nacionais do grupo Legg Mason. De acordo com o Contrato de Transferência de Ativos e Assunção de Passivos (fls. 2.276 a 2.280) firmado, em 01/12/2005, entre o Banco Citibank S.A CNPJ: 33.479.023/0001-80 e a Citi Fundoss Asset Management Ltda 07.437.241/0001-41 (Citifundos) foi efetuada a transferência de todos os ativos e passivos necessários à gestão dos fundos. É o que consta do mencionado contrato:

CONSIDERANDO QUE o Citigroup Inc. ("Citigroup"), entidade controladora indireta do BANCO CITIBANK, celebrou um Contrato de Operação na data de 23 de junho de 2005 (e demais alterações, o "Contrato de Operação") com a Legg Mason, Inc. ("Legg Mason"), de acordo com o qual o Citigroup Inc. se obriga a vender, substancialmente, todo o seu negócio mundial de gestão de ativos ("CAM") para a Legg Mason. Todos os termos em letra maiúscula utilizados neste Contrato e não definidos de outra forma neste terão os respectivos significados indicados no Contrato de Operação;

CONSIDERANDO QUE, devido à Operação, a gestão de fundos de investimentos (os "Fundos") será transferida à CITI FUNDOS;

CONSIDERANDO QUE, devido à transferência da gestão dos Fundos CITI FUNDOS, é necessário que o BANCO CITIBANK realize a cessão de determinados ativos e a transferência de determinados passivos à CITI FUNDOS e a CITI FUNDOS se obriga a receber o ativo e a assumir o passivo do BANCO CITIBANK.

ISSO POSTO, as partes têm entre si justo e contratado o quanto segue:

1. TRANSFERÊNCIA DE ATIVO E PASSIVO

1.1. De acordo com os termos e condições previstos neste Contrato, o BANCO CITIBANK, por meio deste, realiza a cessão para a CITI FUNDOS e esta neste ato assume e aceita, a partir desta data ("Data de Transferência"), todo o ativo ("Ativo") e passivo ("Passivo") indicado no Anexo I a este Contrato.

1.2. O Ativo e o Passivo serão transferidos pelo valor contábil, conforme especificado no relatório de avaliação elaborado pela KPMG Auditores Independentes anexo a este Contrato como Anexo II."

Na relação de itens anexa ao referido contrato (fls. 2.282 a 2.378) é possível identificar a transferência de diversos bens, tais como: computadores, softwares, equipamentos, móveis, benfeitorias no imóvel locado, equipamentos de telecomunicações e veículos de informática. No Anexo I ao Relatório de Revisão Especial consta também a transferência de disponibilidades e adiantamentos de salários, assim como, as obrigações com passivos trabalhistas e participações nos lucros.

De igual forma, a Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A CNPJ: 33.868.597/0001-40 transferiu à Citi Portifólios Asset Management Ltda CNPJ: 07.437.241/0001-41 (Citiportfólio), através do Contrato de Cessão de Recebíveis (fls. 2.391 a 2.395), firmado em 01/12/2005, os recebíveis decorrentes da atividade de gestão das contas de investimentos até então por ela administradas. Veja o trecho do referido contrato:

CONSIDERANDO QUE o Citigroup Inc. ("Citigroup"), entidade controladora indireta do BANCO CITIBANK, celebrou um Contrato de Operação na data de 23 de junho de 2005 (e demais alterações, o "Contrato de Operação") com a Legg Mason, Inc. ("Legg Mason"), de acordo com o qual o Citigroup Inc. se obriga a vender, substancialmente, todo o seu negócio mundial de gestão de ativos ("CAM") para a Legg Mason. Todos os termos em letra maiúscula utilizados neste Contrato e não definidos de outra forma neste terão os respectivos significados indicados no Contrato de Operação;

CONSIDERANDO QUE, devido à Operação, a gestão de fundos de investimentos (os "Fundos") será transferida à CITI FUNDOS;

CONSIDERANDO QUE, devido à transferência da gestão dos Fundos CITI FUNDOS, é necessário que o BANCO CITIBANK realize a cessão de determinados ativos e a transferência de determinados passivos à CITI FUNDOS e a CITI FUNDOS se obriga a receber o ativo e a assumir o passivo do BANCO CITIBANK.

ISSO POSTO, as partes têm entre si justo e contratado o quanto segue:

1. TRANSFERÊNCIA DE ATIVO E PASSIVO

1.1. De acordo com os termos e condições previstos neste Contrato, o BANCO CITIBANK, por meio deste, realiza a cessão para a CITI FUNDOS e esta neste ato assume e aceita, a partir desta data ("Data de Transferência"), todo o ativo ("Ativo") e passivo ("Passivo") indicado no Anexo I a este Contrato.

1.2. O Ativo e o Passivo serão transferidos pelo valor contábil, conforme especificado no relatório de avaliação elaborado pela KPMG Auditores Independentes anexo a este Contrato como Anexo II.

Assim, verifica-se que os ativos e passivos transferidos pelo Citibank às empresas Citifundos e Citiportfólio referem-se aos bens, direitos e obrigações relativos à atividade de gestão de ativos anteriormente exercida pelo CAM Citibank Asset Management. E foi justamente o fundo de comércio relativo a esta atividade que foi objeto de avaliação nos laudos de rentabilidade futura.

A recorrente sustenta que o fundo de comércio é parte integrante da sociedade empresária, que representa algo maior, e que o valor pago pela aquisição das sociedades Citifundos e Citiportfólio não diz respeito somente ao fundo de comércio, como equivocadamente afirmaram a fiscalização e a DRJ, mas sim à precificação atribuída às sociedades empresárias gestoras das carteiras de investimento. Aduz que adquiriu as sociedades empresárias como um todo, e que a avaliação das empresas adquiridas inclui outros elementos que não o fundo de comércio, todavia afirma não ser possível segregar ou identificar o valor pago pelo fundo de comércio nessas aquisições.

Apesar de sustentar que a avaliação das empresas adquiridas incluiu outros elementos que não o fundo de comércio, a recorrente não especificou quais seriam esses elementos. Da leitura dos relatórios de avaliação econômico-financeira relativos às empresas adquiridas, também não foi identificada a avaliação de qualquer outro elemento além do fundo de comércio transferido às empresas Citifundos e Citiportfólio, aliás, ao descrever as empresas objeto de avaliação, os Relatórios de Avaliação Econômico-Financeira afirmam que por se tratarem de empresas recém-criadas, que não dispõem de histórico próprio, a análise feita refere-se ao CAM (Citigroup Asset Management) como um todo:

"O CAM foi recentemente desmembrado em duas empresas, o Citiportfolio, cujo produto são as carteiras administradas, contando com cerca de 70 clientes individuais, principalmente fundos de pensão; e o Citifundos, que tem como produto os fundos de investimento, contando com aproximadamente 100.000 clientes, incluindo varejo, geridas tanto exclusivamente quanto conjuntamente. Uma vez que o Citifundos é uma empresa recém-criada, não dispões de histórico próprio, de forma que a análise feita a seguir refere-se ao CAM como um todo."

A recorrente defende que para se desqualificar um ágio gerado como base em rentabilidade futura, sob o fundamento de que se trata de ágio fundamentado em fundo de comércio, deve a autoridade fiscal apresentar provas de que os laudos apresentados pela recorrente não validam uma rentabilidade futura, mas sim, como afirmado pela fiscalização, a precificação do fundo de comércio.

Conforme já demonstrado, para desqualificar o ágio com base em rentabilidade futura das empresas adquiridas a fiscalização utilizou-se dos próprios laudos apresentados pela recorrente. De observar-se ainda, que a fiscalização não contestou os valores de rentabilidade futura apurados nos Relatórios de Avaliação Econômico-Financeira, ao contrário, validou as rentabilidades futuras neles apuradas, entretanto, concluiu que as mesmas referiam-se a fundo de comércio.

Relativamente às alegações de que o art. 385, § 2º, inciso II do RIR/99 pretendeu dar um tratamento específico às aquisições com ágio respaldadas em rentabilidade futura, não importando qual elemento do ativo justifica aquela expectativa, não assiste razão à recorrente. Foi transcrito no Termo de Verificação Fiscal, doutrina de Marco Aurélio Greco no sentido de que o valor do intangível ou do fundo de comércio pode também ser determinado pela previsão de resultados futuros:

"Um dos pontos complexos referentes ao fundo de comércio e intangíveis é determinar quanto eles valem para fins de aquisição. Ou seja, novamente identificar critérios que permitam aportar a um determinado "preço" da "compra". No caso do fundo de comércio, um dos critérios possíveis para aferir o seu valor para fins de determinação do preço de aquisição é através da previsão do seu desempenho econômico num horizonte de tempo.

Vale dizer, o valor do intangível ou do fundo de comércio pode ser determinado também pela previsão de resultados futuros.

Nestes casos, a expectativa de rentabilidade futura surge como um dos critérios possíveis para aferição do preço relativo à aquisição do fundo de comércio ou dos intangíveis e corresponde a elemento que também serve para determinar o respectivo valor atual em certa data".

Assim, a expectativa de rentabilidade futura é um dos critérios utilizados na apuração do ágio com fundamento no fundo de comércio, o qual está previsto no art. 385, § 2º, inciso III do RIR/99. Tal assertiva corrobora os argumentos da fiscalização de que o ágio apurado nos laudos entregues à fiscalização tem como fundamento o fundo de comércio.

Com o intuito de comprovar as alegações de que o fato do fundo de comércio das empresas ter sido negociado na reestruturação societária não resulta na imediata conclusão de que o ágio apurado tem fundamento no fundo de comércio, a recorrente transcreveu o seguinte trecho do Acórdão nº 1201.00548 em seu recurso voluntário:

Nos termos acima expostos, o fundo de comércio não se confunde com a situação prevista no artigo 385, parágrafo 2º inciso II, que trata de rentabilidade com base na previsão de resultados dos

exercícios futuros, uma vez que esta refere-se a projeções a partir de resultados passados, de tendências de mercado, de mudanças de estratégias, aplicações de recursos, investimentos, ou ainda, de direitos realizáveis a curto ou longo prazo, cuja contrapartida seja a contabilização no passivo de resultados futuros; em suma, aspectos históricos, econômicos, circunstanciais ou conjunturais ligados a atividade normal da sociedade empresarial.

Entretanto, no caso ora apreciado, as empresas avaliadas não possuíam resultados passados, pois eram empresas recém-criadas, e nunca funcionaram de forma dissociada do fundo de comércio transferido pelo Citibank. De igual forma não há que se falar em tendências de mercado ou mudanças de estratégias para empresas até então inexistentes.

Alega a recorrente que o fundamento do ágio deve espelhar tão somente o real motivo que levou ao pagamento daquele ágio nas situações analisadas, não sendo admitidas interpretações extensivas, não respaldadas na legislação tributária. Assim, qualquer que seja o fundamento do ágio, ele deve sempre espelhar o real motivo que o conduziu ao seu pagamento, competindo ao contribuinte guardar a documentação que dê suporte àquela fundamentação, nos termos do § 3º, do art. 385 do RIR/99. Assiste razão à recorrente quando afirma que o fundamento do ágio deve espelhar o real motivo que conduziu ao seu pagamento, assim, as aquisições respaldadas em laudo cuja análise refere-se à atividade de administração de ativos não se prestam a justificar a rentabilidade futura das empresas adquiridas.

Aponta a fragilidade da linha argumentativa exposta pela fiscalização no TVF e pela DRJ no acórdão recorrido, ao pretenderem, com base em meras presunções, afirmar que a carteira de recebíveis seria o único objetivo das aquisições da Citifundoss e da Citiportifólio, fato que demonstraria que o ágio pago teria por fundamento econômico o fundo de comércio. Para tanto, deveriam ter sido produzidas provas nesse sentido, segregados os ativos que se caracterizariam como fundo de comércio e evidenciado que o ágio apurado nas operações societárias decorreu de um sobrevalor destes ativos.

A respeito da necessidade de segregação e individualização dos ativos, não assiste razão à recorrente. Como bem pontuado pelo acórdão recorrido, a *"impugnante inverteu os papéis, no que tange ao ônus da prova. A autoridade lançadora não precisa segregar os bens integrantes do fundo de comércio para identificar a qual deles se deve o ágio. E, pelas mesmas razões, não precisa mensurar de forma individualizada nenhum dos elementos do patrimônio.*

Argumenta ainda a recorrente que a fiscalização pretendeu adotar o enfoque contábil para atribuir fundamentação econômica do ágio, mas ao

mesmo tempo, adotou o conceito jurídico para o fundo de comércio, ou seja, de que todos os bens que fizeram parte da aquisição, individualizáveis ou não, compõem o fundo de comércio. Identifica-se nestas alegações a tentativa de desqualificar a autuação da fiscalização, entretanto, o fato é que o laudo apresentado pela recorrente no curso da ação fiscal não demonstrou a rentabilidade futura das empresas, mas sim do fundo de comércio adquirido, independentemente de qual seja o enfoque, contábil ou jurídico ao conceito de fundo de comércio utilizado pela fiscalização.

Diante do exposto, julgo procedente os ajustes efetuados pela fiscalização relativos às amortizações indevidas de ágio nos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010, tendo em vista que os laudos apresentados não comprovam que o fundamento econômico do ágio é a expectativa de rentabilidade futura.

Por tais razões, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

Aqui, sob esta mesma ótica e sob idênticos fundamentos, deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN, restabelecendo-se as exigências parcialmente canceladas no acórdão recorrido, inclusive porque a Contribuinte não logrou demonstrar divergências jurisprudenciais acerca dos aspectos subsidiários deduzidos contra tais exigências.

Quanto às multas isoladas parcialmente canceladas no acórdão recorrido *na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício de IRPJ e CSLL*, impõe-se o seu restabelecimento como claramente exposto no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.962, de lavra da ex-Conselheira Adriana Gomes Rêgo, cujas razões são aqui adotadas:

Dito isso, tem-se que a lei determina que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real, apurem seus resultados trimestralmente. Como alternativa, facultou, o legislador, a possibilidade de a pessoa jurídica, obrigada ao lucro real, apurar seus resultados anualmente, desde que antecipe pagamentos mensais, a título de estimativa, que devem ser calculados com base na receita bruta mensal, ou com base em balanço/balancete de suspensão e/ou redução. Observe-se:

Lei nº 9.430, de 1996 (redação original):

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

§ 1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

§ 2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.

§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:

I dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; II dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração; III do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real; IV do imposto de renda pago na forma deste artigo. [...]

Há aqueles que alegam que as alterações promovidas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488, de 2007, não teriam afetado, substancialmente, a infração sujeita à aplicação da multa isolada, apenas reduzindo o seu percentual de cálculo e mantendo a vinculação da base imponible ao tributo devido no ajuste anual. Nesse sentido invocam a própria Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 351, de 2007, limitou-se a esclarecer que *a alteração do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, efetuada pelo art. 14 do Projeto, tem o objetivo de reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa, bem como retira a hipótese de incidência da multa de ofício no caso de pagamento do tributo após o vencimento do prazo, sem o acréscimo da multa de mora*. E, ainda que se entenda que a identidade de bases de cálculo foi superada pela nova redação do dispositivo legal, para essas pessoas subsistiria o fato de as duas penalidades decorrerem de falta de recolhimento de tributo, o que importaria o afastamento da penalidade menos gravosa.

Ora, a vinculação entre os recolhimentos antecipados e a apuração do ajuste anual é inconteste, até porque a antecipação só é devida porque o sujeito passivo opta por postergar para o final do ano-calendário a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.

Contudo, a sistemática de apuração anual demanda uma punição diferenciada em face de infrações das quais resulta falta de recolhimento de tributo pois, na

apuração anual, o fluxo de arrecadação da União está prejudicado desde o momento em que a estimativa é devida, e se a exigência do tributo com encargos ficar limitada ao devido por ocasião do ajuste anual, além de não se conseguir reparar todo o prejuízo experimentado à União, há um desestímulo à opção pela apuração trimestral do lucro tributável, hipótese na qual o sujeito passivo responderia pela infração com encargos desde o trimestre de sua ocorrência.

Na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, esta penalidade foi prevista nos mesmos termos daquela aplicável ao tributo não recolhido no ajuste anual, ou seja, *calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição*, inclusive no mesmo percentual de 75%, e passível de agravamento ou qualificação se presentes as circunstâncias indicadas naquele dispositivo legal. Veja-se:

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. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

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

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos; [...]

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica 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;

V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido. (Revogado pela Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Revogado pela Lei nº 9.716, de 1998)

[...]

A redação original do dispositivo legal resultou, assim, em punições equivalentes para a falta de recolhimento de estimativas e do ajuste anual. E, decidindo sobre este conflito, a jurisprudência administrativa posicionou-se majoritariamente contra a subsistência da multa isolada, porque calculada a partir da mesma base de cálculo punida com a multa proporcional, e ainda no mesmo percentual desta.

Frente a tais circunstâncias, o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, foi alterado pela Medida Provisória nº 351, de 2007, para prever duas penalidades distintas: a primeira de 75% calculada sobre o imposto ou contribuição que deixasse de ser recolhido e declarado, e exigida conjuntamente com o principal (inciso I do art. 44), e a segunda de 50% calculada sobre o pagamento mensal que deixasse de ser efetuado, ainda que apurado prejuízo fiscal ou base negativa ao final do ano-calendário, e exigida isoladamente (inciso II do art. 44). Além disso, as hipóteses de qualificação (§1º do art. 44) e agravamento (2º do art. 44) ficaram restritas à penalidade aplicável à falta de pagamento e declaração do imposto ou contribuição. Observe-se:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; II de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

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

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

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

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998).

As conseqüências desta alteração foram apropriadamente expostas pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.251:

Logo, tendo sido alterada a base de cálculo eleita pelo legislador para a multa isolada de totalidade ou diferença de tributo ou contribuição para valor do pagamento mensal, não há mais qualquer vínculo, ou dependência, da multa isolada com a apuração de tributo devido.

Perfilhando o entendimento de que não se confunde a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição com o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, é vasta a jurisprudência desta CSRF, valendo mencionar dos últimos cinco anos, entre outros, os acórdãos nºs 9101-00577, de 18 de maio de 2010, 9101-00.685, de 31 de agosto de 2010, 9101-00.879, de 23 de fevereiro de 2011, nº 9101-001.265, de 23 de novembro de 2011, nº 9101-001.336, de 26 de abril de 2012, nº 9101-001.547, de 22 de janeiro de 2013, nº 9101-001.771, de 16 de outubro de 2013, e nº 9101-002.126, de 26 de fevereiro de 2015, todos assim ementados (destaquei):

O artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano.

Daí porque despropositada a decisão recorrida que, após reconhecer expressamente a modificação da redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 pela Lei nº 11.488, de 2007, e transcrever os mesmos dispositivos legais acima, abruptamente conclui no sentido de que (e-fls. 236):

Portanto, cabe excluir a exigência da multa de ofício isolada concomitante à multa proporcional.

Em despacho de admissibilidade de embargos de declaração por omissão, interpostos pela Fazenda Nacional contra aquela decisão, e rejeitados, foi dito o seguinte (e-fls. 247):

Por fim, reafirmo a impossibilidade da aplicação cumulativa dessas multas. Isso porque é sabido que um dos fatores que levou à mudança da redação do citado art. 44 da Lei 9.430/1996 foram os julgados deste Conselho, sendo que à época da edição da Lei 11.488/2007 já predominava esse entendimento. Vejamos novamente a redação de parte [das] disposições do art. 44 da Lei 9.430/1996 alteradas/incluídas pela Lei 11.488/2007:

[...].

Ora, o legislador tinha conhecimento da jurisprudência deste Conselho quanto à impossibilidade de aplicação cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, além de outros entendimentos no sentido de que não

poderia ser exigida se apurado prejuízo fiscal no encerramento do ano-calendário, ou se o tributo tivesse sido integralmente pago no ajuste anual.

Todavia, tratou apenas das duas últimas hipóteses na nova redação, ou seja, deixou de prever a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas. E não se diga que seria esquecimento, pois, logo a seguir, no parágrafo § 1º, excetuou a cumulatividade de penalidades quando a ensejar a aplicação dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Bastava ter acrescentado mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996, estabelecendo expressamente essa hipótese, que aliás é a questão de maior incidência.

Ao deixar de fazer isso, uma das conclusões factíveis é que essa cumulatividade é mesmo indevida.

Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

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:

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar

como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto:

o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

Destaque-se, ainda, que a penalidade agora prevista no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 1996, é exigida isoladamente e mesmo se não apurado lucro tributável ao final do ano-calendário.

A conduta reprimida, portanto, é a inobservância do dever de antecipar, mora que prejudica a União durante o período verificado entre data em que a estimativa deveria ser paga e o encerramento do ano-calendário.

A falta de recolhimento do tributo em si, que se perfaz a partir da ocorrência do fato gerador ao final do ano-calendário, sujeita-se a outra penalidade e a juros de mora incorridos apenas a partir de 1º de fevereiro do ano subsequente².

Diferentes, portanto, são os bens jurídicos tutelados, e limitar a penalidade àquela aplicada em razão da falta de recolhimento do ajuste anual é um incentivo ao descumprimento do dever de antecipação ao qual o sujeito passivo voluntariamente se vinculou, ao optar pelas vantagens decorrentes da apuração do lucro tributável apenas ao final do ano-calendário.

E foi, justamente, a alteração legislativa acima que motivou a edição da referida Súmula CARF nº 105.

Explico.

O enunciado de súmula em referência foi aprovado pela 1ª Turma da CSRF em 08 de dezembro de 2014. Antes, enunciado semelhante foi, por sucessivas vezes, rejeitado pelo Pleno da CSRF, e mesmo pela 1ª Turma da CSRF. Veja-se, abaixo, os verbetes submetidos a votação de 2009 a 2014:

PORTARIA Nº 97, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2009³

[...]

² Neste sentido é o disposto no art. 6º, §1º c/c §2º da Lei nº 9.430, de 1996.

³ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 112, em 27 de novembro de 2009.

ANEXO I**I - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DO PLENO:**

[...]

12. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº :

Até a vigência da Medida Provisória nº 351/2007, a multa isolada decorrente da falta ou insuficiência de antecipações não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado no ajuste anual.

[...]

PORTARIA Nº 27, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2012⁴

[...]

ANEXO ÚNICO

[...]

II - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DA 1ª TURMA DA CSRF:

[...]

17. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

Até 21 de janeiro de 2007, descabe o lançamento de multa isolada em razão do não recolhimento do imposto de renda devido em carnê-leão aplicada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

Acórdãos precedentes: 104-22036, de 09/06/2006; 3401-00078, de 01/06/2009; 3401-00047, de 06/05/2009; 104-23338, de 26/06/2008; 9202-00.699, de 13/04/2010; 920-201.833, de 25/10/2011.

[...]

III - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DA 2ª TURMA DA CSRF:

[...]

22. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

Até 21 de janeiro de 2007, descabe o lançamento de multa isolada em razão do não recolhimento do imposto de renda devido em carnê-leão aplicada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

⁴ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 19, em 27 de novembro de 2012.

Acórdãos precedentes: 104-22036, de 09/06/2006; 3401-00078, de 01/06/2009; 3401-00047, de 06/05/2009; 104-23338, de 26/06/2008; 9202-00.699, de 13/04/2010; 9202-01.833, de 25/10/ 2011.

[...]

PORTARIA Nº18, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2013⁵

[...]

ANEXO I

I - Enunciados a serem submetidos ao Pleno da CSRF:

[...]

9ª. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA Até a vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007, incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Acórdãos Precedentes: 9101-001261, de 22/11/11; 9101-001203, de 22/11/11; 9101-001238, de 21/11/11; 9101-001307, de 24/04/12; 1402-001.217, de 04/10/12; 1102-00748, de 09/05/12; 1803-001263, de 10/04/12.

[...]

PORTARIA Nº 23, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2014⁶

[...]

ANEXO I

[...]

II - Enunciados a serem submetidos à 1ª Turma da CSRF:

[...]

13ª. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA 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.

Acórdãos Precedentes: 9101-001.261, de 22/11/2011; 9101-001.203, de 17/10/2011; 9101-001.238, de 21/11/2011; 9101-001.307, de 24/04/2012; 1402-001.217, de 04/10/2012; 1102-00.748, de 09/05/2012; 1803-001.263, de 10/04/2012.

⁵ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 71, de 27 de novembro de 2013.

⁶ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 12, de 25 de novembro de 2014.

[...]

É de se destacar que os enunciados assim propostos de 2009 a 2013 exsurgem da jurisprudência firme, contrária à aplicação concomitante das penalidades **antes** da alteração promovida no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007. **Jurisprudência esta, aliás, que motivou a alteração legislativa.**

De outro lado, a discussão acerca dos lançamentos formalizados em razão de infrações cometidas a partir do novo contexto legislativo ainda não apresentava densidade suficiente para indicar qual entendimento deveria ser sumulado.

Considerando tais circunstâncias, o Pleno da CSRF, e também a 1ª Turma da CSRF, rejeitou, por três vezes, nos anos de 2009, 2012 e 2013, o enunciado contrário à concomitância das penalidades até a vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007. As discussões nestas votações motivaram alterações posteriores com o objetivo de alcançar redação que fosse acolhida pela maioria qualificada, na forma regimental.

Com a rejeição do enunciado de 2009, a primeira alteração consistiu na supressão da vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007, substituindo-a, como marco temporal, pela referência à data de sua publicação. Também foram separadas as hipóteses pertinentes ao IRPJ/CSLL e ao IRPF, submetendo-se à 1ª Turma e à 2ª Turma da CSRF os enunciados correspondentes. Seguindo-se nova rejeição em 2012, o enunciado de 2009 foi reiterado em 2013 e, mais uma vez, rejeitado.

Este cenário deixou patente a imprestabilidade de enunciado distinguindo as ocorrências alcançadas a partir da expressão "até a vigência da Medida Provisória nº 351", de 2007, ou até a data de sua publicação. E isto porque a partir da redação proposta havia o risco de a súmula ser invocada para declarar o cabimento da exigência concomitante das penalidades a partir das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, apesar de a jurisprudência ainda não estar consolidada neste sentido.

Para afastar esta interpretação, o enunciado aprovado pela 1ª Turma da CSRF em 2014 foi redigido de forma direta, de modo a abarcar, apenas, a jurisprudência firme daquele Colegiado: a impossibilidade de cumulação, com a multa de ofício proporcional aplicada sobre os tributos devidos no ajuste anual, das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas exigidas com fundamento na legislação antes de sua alteração pela Medida Provisória nº 351, de 2007. Omitiu-se, intencionalmente, qualquer referência às situações verificadas depois da alteração legislativa em tela, em razão da qual a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas passou a estar prevista no art. 44, inciso II, alínea

"b", e não mais no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, sempre com vistas a atribuir os efeitos sumulares⁷ à parcela do litígio já pacificada.

Assim, a Súmula CARF nº 105 tem aplicação, apenas, em face de multas lançadas com fundamento na redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, tendo por referência **infrações cometidas antes da alteração** promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, publicada em 22 de janeiro de 2007, e ainda que a exigência tenha sido formalizada já com o percentual reduzido de 50%, dado que tal providência não decorre de nova fundamentação do lançamento, mas sim da retroatividade benigna prevista pelo art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

Neste sentido, vale observar que os precedentes indicados para aprovação da súmula reportam-se, todos, a **infrações cometidas antes de 2007**:

Acórdão nº 9101-001.261:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2001

Ementa: APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no

⁷ Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, e alterado pela Portaria MF nº 586, de 2010:

[...]

Anexo II

[...]

Art. 18. Aos presidentes de Câmara incumbe, ainda:

[...]

XXI - negar, de ofício ou por proposta do relator, seguimento ao recurso que contrarie enunciado de súmula ou de resolução do Pleno da CSRF, em vigor, quando não houver outra matéria objeto do recurso;

[...]

Art. 53. A sessão de julgamento será pública, salvo decisão justificada da turma para exame de matéria sigilosa, facultada a presença das partes ou de seus procuradores.

[...]

§ 4º Serão julgados em sessões não presenciais os recursos em processos de valor inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ou, independentemente do valor, forem objeto de súmula ou resolução do CARF ou de decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

[...]

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

[...]

§ 2º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ou que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de primeira instância.

[...]

balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Acórdão nº 9101-001.203:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2000, 2001

Ementa: MULTA ISOLADA. ANOS-CALENDÁRIO DE 1999 e 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA.

CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor das glosas efetivadas pela Fiscalização.

Acórdão nº 9101-001.238:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Exercício: 2001

[...]

MULTA ISOLADA. ANO-CALENDÁRIO DE 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor da receita omitida apurado em procedimento fiscal.

Acórdão nº 9101-001.307:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 1998

[...]

MULTA ISOLADA APLICAÇÃO CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa

ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Acórdão nº 1402-001.217:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2003

[...]

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO.

INAPLICABILIDADE. É inaplicável a penalidade quando existir concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual (mesma base).

[...]

Acórdão nº 1102-000.748:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

Ementa:

[...]

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE. MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

Devem ser exoneradas as multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, uma vez que, cumulativamente foram exigidos os tributos com multa de ofício, e a base de cálculo das multas isoladas está inserida na base de cálculo das multas de ofício, sendo descabido, nesse caso, o lançamento concomitante de ambas.

[...]

Acórdão nº 1803-001.263:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2002

[...]

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício

pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano.

Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Frente a tais circunstâncias, ainda que precedentes da súmula veiculem fundamentos autorizadores do cancelamento de exigências formalizadas a partir da alteração promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, não são eles, propriamente, que vinculam o julgador administrativo, mas sim o enunciado da súmula, no qual está sintetizada a questão pacificada.

Digo isso porque esses precedentes têm sido utilizados para se tentar aplicar outra tese no sentido de afastar a multa, qual seja a do princípio da consunção. Ora se o princípio da consunção fosse fundamento suficiente para inexigibilidade concomitante das multas em debate, o enunciado seria genérico, sem qualquer referência ao fundamento legal dos lançamentos alcançados. A citação expressa do texto legal presta-se a firmar esta circunstância como razão de decidir relevante extraída dos paradigmas, cuja presença é essencial para aplicação das consequências do entendimento sumulado.

Há quem argumente que o princípio da consunção veda a cumulação das penalidades. Sustentam os adeptos dessa tese que o não recolhimento da estimativa mensal seria etapa preparatória da infração cometida no ajuste anual e, em tais circunstâncias o princípio da consunção autorizaria a subsistência, apenas, da penalidade aplicada sobre o tributo devido ao final do ano-calendário, prestigiando o bem jurídico mais relevante, no caso, a arrecadação tributária, em confronto com a antecipação de fluxo de caixa assegurada pelas estimativas. Ademais, como a base fática para imposição das penalidades seria a mesma, a exigência concomitante das multas representaria *bis in idem*, até porque, embora a lei tenha previsto ambas penalidades, não determinou a sua aplicação simultânea. E acrescentam que, em se tratando de matéria de penalidades, seria aplicável o art. 112 do CTN.

Entretanto, com a devida vênia, discordo desse entendimento. Para tanto, aproveito-me, inicialmente do voto proferido pela Conselheira Karem Jureidini Dias na condução do acórdão nº 9101-001.135, para trazer sua abordagem conceitual acerca das sanções em matéria tributária:

[...]

A sanção de natureza tributária decorre do descumprimento de obrigação tributária – qual seja, obrigação de pagar tributo. A sanção de natureza

tributária pode sofrer agravamento ou qualificação, esta última em razão de o ilícito também possuir natureza penal, como nos casos de existência de dolo, fraude ou simulação. O mesmo auto de infração pode veicular, também, norma impositiva de multa em razão de descumprimento de uma obrigação acessória obrigação de fazer – pois, ainda que a obrigação acessória sempre se relacione a uma obrigação tributária principal, reveste-se de natureza administrativa.

Sobre as obrigações acessórias e principais em matéria tributária, vale destacar o que dispõe o artigo 113 do Código Tributário Nacional:

“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.”

Fica evidente da leitura do dispositivo em comento que a obrigação principal, em direito tributário, é pagar tributo, e a obrigação acessória é aquela que possui características administrativas, na medida em que as respectivas normas comportamentais servem ao interesse da administração tributária, em especial, quando do exercício da atividade fiscalizatória. O dispositivo transcrito determina, ainda, que em relação à obrigação acessória, ocorrendo seu descumprimento pelo contribuinte e imposta multa, o valor devido converte-se em obrigação principal. Vale destacar que, mesmo ocorrendo tal conversão, a natureza da sanção aplicada permanece sendo administrativa, já que não há cobrança de tributo envolvida, mas sim a aplicação de uma penalidade em razão da inobservância de uma norma que visava proteger os interesses fiscalizatórios da administração tributária.

Assim, as sanções em matéria tributária podem ter natureza (i) tributária principal quando se referem a descumprimento da obrigação principal, ou seja, falta de recolhimento de tributo; (ii) administrativa – quando se referem à mero descumprimento de obrigação acessória que, em verdade, tem por objetivo auxiliar os agentes públicos que se encarregam da fiscalização; ou, ainda (iii) penal – quando qualquer dos ilícitos antes mencionados representar, também, ilícito penal. Significa dizer que, para definir a natureza da sanção aplicada, necessário se faz verificar o antecedente da norma sancionatória, identificando a relação jurídica desobedecida.

Aplicam-se às sanções o princípio da proporcionalidade, que deve ser observado quando da aplicação do critério quantitativo.

Neste ponto destacamos a lição de Helenilson Cunha Pontes a respeito do princípio da proporcionalidade em matéria de sanções tributárias, verbis:

“As sanções tributárias são instrumentos de que se vale o legislador para buscar o atingimento de uma finalidade desejada pelo ordenamento jurídico. A análise da constitucionalidade de uma sanção deve sempre ser realizada considerando o objetivo visado com sua criação legislativa. De forma geral, como lembra Régis Fernandes de Oliveira, “a sanção deve guardar proporção com o objetivo de sua imposição”. O princípio da proporcionalidade constitui um instrumento normativo-constitucional através do qual pode-se concretizar o controle dos excessos do legislador e das autoridades estatais em geral na definição abstrata e concreta das sanções”.

O primeiro passo para o controle da constitucionalidade de uma sanção, através do princípio da proporcionalidade, consiste na perquirição dos objetivos imediatos visados com a previsão abstrata e/ou com a imposição concreta da sanção. Vale dizer, na perquirição do interesse público que valida a previsão e a imposição de sanção”. (in “O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”, ed. Dialética, São Paulo, 2000, pg.135)

Assim, em respeito a referido princípio, é possível afirmar que: se a multa é de natureza tributária, terá por base apropriada, via de regra, o montante do tributo não recolhido. Se a multa é de natureza administrativa, a base de cálculo terá por grandeza montante proporcional ao ilícito que se pretende proibir. Em ambos os casos as sanções podem ser agravadas ou qualificadas. Agravada, se além do descumprimento de obrigação acessória ou principal, houver embaraço à fiscalização, e, qualificada se ao ilícito somar-se outro de cunho penal – existência de dolo, fraude ou simulação.

A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

A multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A norma prevê, portanto, a imposição da referida penalidade quando o contribuinte do IRPJ e da CSLL, sujeito ao Lucro Real Anual, deixar de promover as antecipações devidas em razão da disposição contida no artigo 2º da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A natureza das antecipações, por sua vez, já foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, que manifestou entendimento no sentido de

considerar que as antecipações se referem ao pagamento de tributo, conforme se depreende dos seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CSSL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO.

ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.

1. "É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96" (AgRg no REsp 694278RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 3/8/2006).

2. A antecipação do pagamento dos tributos não configura pagamento indevido à Fazenda Pública que justifique a incidência da taxa Selic.

3. Recurso especial improvido.”

(Recurso Especial 529570 / SC Relator Ministro João Otávio de Noronha Segunda Turma Data do Julgamento 19/09/2006 DJ 26.10.2006 p. 277)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO CSSL APURAÇÃO POR ESTIMATIVA PAGAMENTO ANTECIPADO OPÇÃO DO CONTRIBUINTE LEI N. 9430/96.

É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96. Precedentes: REsp 492.865/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ25.4.2005 e REsp 574347/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004. Agravo regimental improvido.”

(Agravo Regimental No Recurso Especial 2004/01397180 Relator Ministro Humberto Martins Segunda Turma DJ 17.08.2006 p. 341)

Do exposto, infere-se que a multa em questão tem natureza tributária, pois aplicada em razão do descumprimento de obrigação principal, qual seja, falta de pagamento de tributo, ainda que por antecipação prevista em lei.

Debates instalaram-se no âmbito desse Conselho Administrativo sobre a natureza da multa isolada. Inicialmente me filiei à corrente que entendia que a multa isolada não poderia prosperar porque penalizava conduta que não se configurava obrigação principal, tampouco obrigação acessória. Ou seja, mantinha o entendimento de que a multa em questão não se referia a qualquer obrigação prevista no artigo 113 do Código Tributário Nacional, na medida em que penalizava conduta que, a meu ver à época, não podia ser considerada obrigação principal, já que o tributo não estava

definitivamente apurado, tampouco poderia ser considerada obrigação acessória, pois evidentemente não configura uma obrigação de caráter meramente administrativo, uma vez que a relação jurídica prevista na norma primária dispositiva é o “pagamento” de antecipação.

Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada quando o contribuinte não efetua a antecipação deste tributo.

Tanto assim que, até a alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, o caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado “sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”.

Frente a estas considerações, releva destacar que a penalidade em debate é exigida isoladamente, sem qualquer hipótese de agravamento ou qualificação e, embora seu cálculo tenha por referência a antecipação não realizada, sua exigência não se dá por falta de "pagamento de tributo", dado o fato gerador do tributo sequer ter ocorrido. De forma semelhante, outras penalidades reconhecidas como decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias são calculadas em razão do valor dos tributos devidos⁸ e exigidas de forma isolada.

Sob esta ótica, o recolhimento de estimativas melhor se alinha ao conceito de obrigação acessória que à definição de obrigação principal, até porque a antecipação do recolhimento é, em verdade, um ônus imposto aos que voluntariamente optam pela apuração anual do lucro tributável, e a obrigação acessória, nos termos do art. 113, §2º do CTN, é medida prevista não só no interesse da fiscalização, mas também da arrecadação dos tributos.

⁸ Lei nº 10.426, de 2002: Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - Dacon, nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal SRF, e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

II - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante dos tributos e contribuições informados na DCTF, na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica ou na Dirf, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega destas Declarações ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

III - de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante da Cofins, ou, na sua falta, da contribuição para o PIS/Pasep, informado no Dacon, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

Veja-se, aliás, que as manifestações do Superior Tribunal de Justiça acima citadas expressamente reconhecem este ônus como decorrente de uma opção, e distinguem a antecipação do pagamento do pagamento em si, isto para negar a aplicação de juros a partir de seu recolhimento no confronto com o tributo efetivamente devido ao final do ano-calendário.

É certo que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento contrariamente à aplicação concomitante das penalidades em razão do princípio da consunção, conforme evidencia a ementa de julgado recente proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.576.289/RS:

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44, I E II, DA LEI 9.430/1996 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/2007). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTES.

1. A Segunda Turma do STJ tem posição firmada pela impossibilidade de aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/1996 (AgRg no REsp 1.499.389/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp 1.496.354/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/3/2015).

2. Agravo Regimental não provido.

Todavia, referidos julgados não são de observância obrigatória na forma do art. 62, §1º, inciso II, alínea "b" do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015.

Além disso, a interpretação de que a falta de recolhimento da antecipação mensal é infração abrangida pela falta de recolhimento do ajuste anual, sob o pressuposto da existência de dependência entre elas, sendo a primeira infração preparatória da segunda, desconsidera o prejuízo experimentado pela União com a mora subsistente em razão de o tributo devido no ajuste anual sofrer encargos somente a partir do encerramento do ano-calendário.

Favorece, assim, o sujeito passivo que se obrigou às antecipações para apurar o lucro tributável apenas ao final do ano-calendário, conferindo-lhe significativa vantagem econômica em relação a outro sujeito passivo que, cometendo a mesma infração, mas optando pela regra geral de apuração trimestral dos lucros, suportaria, além do ônus da escrituração trimestral dos resultados, os encargos pela falta de recolhimento do tributo calculados desde o encerramento do período trimestral.

Quanto à transposição do princípio da consunção para o Direito Tributário, vale a transcrição da oposição manifestada pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no voto condutor do acórdão nº 1302-001.823:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal stricto sensu. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.

Oportuna, também, a citação da abordagem exposta em artigo publicado por Heraldo Garcia Vitta⁹:

O Direito Penal é especial, contém princípios, critérios, fundamentos e normas particulares, próprios desse ramo jurídico; por isso, a rigor, as regras dele não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato, não se aplica norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico.[15 Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, p.212] Na hipótese de concurso de crimes, o legislador escolheu critérios específicos, próprios desse ramo de Direito. Logo, não se justifica a analogia das normas do Direito Penal no tema concurso real de infrações administrativas.

A 'forma de sancionar' é instituída pelo legislador, segundo critérios de conveniência/oportunidade, isto é, discricionariedade. Compete-lhe elaborar, ou não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, ocorre cúmulo material.

⁹ http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2644

Aliás, no Direito Administrativo brasileiro, o legislador tem procurado determinar o cúmulo material de infrações, conforme se observa, por exemplo, no artigo 266, da Lei nº 9.503, de 23.12.1997 (Código de Trânsito Brasileiro), segundo o qual “quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades”. Igualmente o artigo 72, §1º, da Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente: “Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações [administrativas, pois o disposto está inserido no Capítulo VI –Da Infração Administrativa] ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas”. E também o parágrafo único, do artigo 56, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990, que regula a proteção do consumidor: “As sanções [administrativas] previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo”. [16 Evidentemente, se ocorrer, devido ao acúmulo de sanções, perante a hipótese concreta, pena exacerbada, mesmo quando observada imposição do mínimo legal, isto é, quando a autoridade administrativa tenha imposto cominação mínima, estabelecida na lei, ocorrerá invalidação do ato administrativo, devido ao princípio da proporcionalidade.]

No Direito Penal são exemplos de aplicação do princípio da consunção a absorção da tentativa pela consumação, da lesão corporal pelo homicídio e da violação de domicílio pelo furto em residência. Característica destas ocorrências é a sua previsão em normas diferentes, ou seja, a punição concebida de forma autônoma, dada a possibilidade fática de o agente ter a intenção, apenas, de cometer o crime que figura como delito-meio ou delito-fim.

Já no caso em debate, a norma tributária prevê expressamente a aplicação das duas penalidades em face da conduta de sujeito passivo que motive lançamento de ofício, como bem observado pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no já citado voto condutor do acórdão nº 9101-002.251:

[...]

Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

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:

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto: o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, portanto, claramente fixou a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. Somente desconsiderando-se todo o histórico de aplicação das penalidades previstas na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, seria possível interpretar que a redação alterada não determinou a aplicação simultânea das penalidades. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que “serão aplicadas as seguintes multas”. Ademais, quando o legislador estipula na alínea “b” do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal **ainda que** tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, claramente afirma a

aplicação da penalidade **mesmo se** apurado lucro tributável e, por consequência, tributo devido sujeito à multa prevista no inciso I do seu art. 44.

Acrescente-se que não se pode falar, no caso, de *bis in idem* sob o pressuposto de que a imposição das penalidades teria a mesma base fática. Basta observar que as infrações ocorrem em diferentes momentos, o primeiro correspondente à apuração da estimativa com a finalidade de cumprir o requisito de antecipação do recolhimento imposto aos optantes pela apuração anual do lucro, e o segundo apenas na apuração do lucro tributável ao final do ano-calendário.

A análise, assim, não pode ficar limitada, por exemplo, à omissão de receitas ou ao registro de despesas indedutíveis, especialmente porque, para fins tributários, estas ocorrências devem, necessariamente, repercutir no cumprimento da obrigação acessória de antecipar ou na constituição, pelo sujeito passivo, da obrigação tributária principal. A base fática, portanto, é constituída pelo registro contábil ou fiscal, ou mesmo sua supressão, e pela repercussão conferida pelo sujeito passivo àquela ocorrência no cumprimento das obrigações tributárias. Como esta conduta se dá em momentos distintos e com finalidades distintas, duas penalidades são aplicáveis, sem se cogitar de *bis in idem*.

Neste sentido, aliás, são as considerações do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior no voto condutor do Acórdão nº 1302-001.823:

Ainda que aplicável fosse o princípio da consunção para solucionar conflitos aparentes de norma tributárias, não há no caso em tela qualquer conflito que justificasse a sua aplicação.

Conforme já asseverado, o conflito aparente de normas ocorre quando duas ou mais normas podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato, o que não ocorre in casu, já que temos duas situações fáticas diferentes: a primeira, o não recolhimento do tributo devido; a segunda, a não observância das normas do regime de recolhimento sobre bases estimadas. Ressalte-se que o simples fato de alguém, optante pelo lucro real anual, deixar de recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada não enseja per se a aplicação da multa isolada, pois esta multa só é aplicável quando, além de não recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada, o contribuinte deixar de levantar balanço de suspensão, conforme dispõe o art. 35 da Lei no 8.981/95. Assim, a multa isolada não decorre unicamente da falta de recolhimento do IRPJ mensal, mas da inobservância das normas que regem o recolhimento sobre bases estimadas, ou seja, do regime.

[...]

Assim, demonstrado que temos duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas diferentes, resta irrefutável que não há unidade de conduta, logo não existe qualquer conflito aparente entre as normas dos incisos I e IV do § 1º do art. 44 e, conseqüentemente, indevida a aplicação do princípio da consunção no caso em tela.

Noutro ponto, refuto os argumentos de que a falta de recolhimento da estimativa mensal seria uma conduta menos grave, por atingir um bem jurídico secundário – que seria a antecipação do fluxo de caixa do governo. Conforme já demonstrado, a multa isolada é aplicável pela não observância do regime de recolhimento pela estimativa e a conduta que ofende tal regime jamais poderia ser tida como menos grave, já que põe em risco todo o sistema de recolhimento do IRPJ sobre o lucro real anual – pelo menos no formato desenhado pelo legislador.

Em verdade, a sistemática de antecipação dos impostos ocorre por diversos meios previstos na legislação tributária, sendo exemplos disto, além dos recolhimentos por estimativa, as retenções feitas pelas fontes pagadoras e o recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), feitos pelos contribuintes pessoas físicas. O que se tem, na verdade são diferentes formas e momentos de exigência da obrigação tributária. Todos esses instrumentos visam ao mesmo tempo assegurar a efetividade da arrecadação tributária e o fluxo de caixa para a execução do orçamento fiscal pelo governo, impondo-se igualmente a sua proteção (como bens jurídicos). Portanto, não há um bem menor, nem uma conduta menos grave que possa ser englobada pela outra, neste caso.

Ademais, é um equívoco dizer que o não recolhimento do IRPJ-estimada é uma ação preparatória para a realização da “conduta mais grave” – não recolhimento do tributo efetivamente devido no ajuste. O não pagamento de todo o tributo devido ao final do exercício pode ocorrer independente do fato de terem sido recolhidas as estimativas, pois o resultado final apurado não guarda necessariamente proporção com os valores devidos por estimativa. Ainda que o contribuinte recolha as antecipações, ao final pode ser apurado um saldo de tributo a pagar, com base no resultado do exercício. As infrações tributárias que ensejam a multa isolada e a multa de ofício nos casos em tela são autônomas. A ocorrência de uma delas não pressupõe necessariamente a existência da outra, logo inaplicável o princípio da consunção, já que não existe conflito aparente de normas.

Tais circunstâncias são totalmente distintas das que ensejam a aplicação de multa moratória ou multa de ofício sobre tributo não recolhido. Nesta segunda hipótese, sim, a base fática é idêntica, porque a infração de não recolher o tributo no vencimento foi praticada e, para compensar a União o sujeito passivo poderá, caso não demande a atuação de um agente fiscal para constituição do crédito tributário por lançamento de ofício, sujeitar-se a uma penalidade menor¹⁰. Se o

¹⁰ Lei nº 9.430, de 1996, 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.

§ 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.

recolhimento não for promovido depois do vencimento e o lançamento de ofício se fizer necessário, a multa de ofício fixada em maior percentual incorpora, por certo, a reparação que antes poderia ser promovida pelo sujeito passivo sem a atuação de um Auditor Fiscal.

Imprópria, portanto, a ampliação do conteúdo expresso no enunciado da súmula **a partir do que consignado no voto condutor de alguns dos paradigmas.**

É importante repisar, assim, que as decisões acerca das infrações cometidas depois das **alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, não devem observância à Súmula CARF nº 105** e os Conselheiros têm plena liberdade de convicção.

Somente a essência extraída dos paradigmas, integrada ao enunciado no caso, mediante expressa referência ao fundamento legal aplicável antes da edição da Medida Provisória nº 351, de 2007 (art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996), representa o entendimento acolhido pela 1ª Turma da CSRF a ser observado, obrigatoriamente, pelos integrantes da 1ª Seção de Julgamento. Nada além disso.

De outro lado, releva ainda destacar que a aprovação de um enunciado não impõe ao julgador a sua aplicação cega. As circunstâncias do caso concreto devem ser analisadas e, caso identificado algum aspecto antes desconsiderado, é possível afastar a aplicação da súmula.

Veja-se, por exemplo, que o enunciado da Súmula CARF nº 105 é omissivo acerca de outro ponto que permite interpretação favorável à manutenção parcial de exigências formalizadas ainda que com fundamento no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996.

Neste sentido é a declaração de voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa no Acórdão nº 1302-001.753:

A multa isolada teve em conta falta de recolhimento de estimativa de CSLL no valor de R\$ 94.130,67, ao passo que a multa de ofício foi aplicada sobre a CSLL apurada no ajuste anual no valor de R\$ 31.595,78. Discute-se, no caso, a aplicação da Súmula CARF nº 105 de seguinte teor: 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.

Os períodos de apuração autuados estariam alcançados pelo dispositivo legal apontado na Súmula CARF nº 105. Todavia, como evidenciam as bases de cálculo das penalidades, a concomitância se verificou apenas sobre parte da multa isolada exigida por falta de recolhimento da estimativa de CSLL

§ 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)

devida em dezembro/2002. Importa, assim, avaliar se o entendimento sumulado determinaria a exoneração de toda a multa isolada aqui aplicada.

A referência à exigência ao mesmo tempo das duas penalidades não possui uma única interpretação. É possível concluir, a partir do disposto, que não subsiste a multa isolada aplicada no mesmo lançamento em que formalizada a exigência do ajuste anual com acréscimo da multa de ofício proporcional, ou então que a multa isolada deve ser exonerada quando exigida em face de antecipação contida no ajuste anual que ensejou a exigência do principal e correspondente multa de ofício. Além disso, pode-se interpretar que deve subsistir apenas uma penalidade quando a causa de sua aplicação é a mesma.

Os precedentes que orientaram a edição da Súmula CARF nº 105 auxiliam nesta interpretação. São eles:

[...]

Observa-se nas ementas dos Acórdãos nº 9101-001.261, 9101-001.307 e 1803-001.263 a abordagem genérica da infração de falta de recolhimento de estimativas como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano, e que por esta razão é absorvida pela segunda infração, devendo subsistir apenas a punição aplicada sobre esta. Sob esta vertente interpretativa, qualquer multa isolada aplicada por falta de recolhimento de estimativas sucumbiria frente à exigência do ajuste anual com acréscimo de multa de ofício.

Porém, os Acórdãos nº 9101-001.203 e 9101-001.238, reportam-se à identidade entre a infração que, constatada pela Fiscalização, enseja a apuração da falta de recolhimento de estimativas e da falta de recolhimento do ajuste anual, assim como os Acórdãos nº 1402-001.217 e 1102-000.748 fazem referência a aplicação de penalidades sobre a mesma base, ou ao fato de a base de cálculo das multas isoladas estar contida na base de cálculo da multa de ofício. Tais referências permitem concluir que, para identificação da concomitância, deve ser avaliada a causa da aplicação da penalidade ou, ao menos, o seu reflexo na apuração do ajuste anual e nas bases estimativas.

A adoção de tais referenciais para edição da Súmula CARF nº 105 evidencia que não se pretendeu atribuir um conteúdo único à concomitância, permitindo-se a livre interpretação acerca de seu alcance.

Considerando que, no presente caso, as infrações foram apuradas de forma independente estimativa não recolhida em razão de seu parcelamento parcial e ajuste anual não recolhido em razão da compensação de bases negativas acima do limite legal e assim resultaram em distintas bases para aplicação das penalidades, é válido concluir que não há concomitância em relação à multa isolada aplicada sobre a parcela de R\$ 62.534,89 (= R\$

94.130,67 R\$ 31.595,78), correspondente à estimativa de CSLL em dezembro/2002 que excede a falta de recolhimento apurada no ajuste anual.

Divergência neste sentido, aliás, já estava consubstanciada antes da aprovação da súmula, nos termos do voto condutor do Acórdão nº 120100.235, de lavra do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

[...]

O valor tributável é o mesmo (R\$ 15.470.000,00). Isso, contudo, não implica necessariamente numa perfeita coincidência delitiva, pois pode ocorrer também que uma omissão de receita resulte num delito quantitativamente mais intenso.

Foi o que ocorreu. Em razão de prejuízos posteriores ao mês do fato gerador, o impacto da omissão sobre a tributação anual foi menor que o sofrido na antecipação mensal. Desse modo, a absorção deve é apenas parcial.

Conforme o demonstrativo de fls. 21, a omissão resultou numa base tributável anual do IR no valor de R\$ 5.076.300,39, mas numa base estimada de R\$ 8.902.754,18. Assim, deve ser mantida a multa isolada relativa à estimativa de imposto de renda que deixou de ser recolhida sobre R\$ 3.826.453,79 (R\$ 8.902.754,18 – R\$ 5.076.300,39), parcela essa que não foi absorvida pelo delito de não recolhimento definitivo, sobre o qual foi aplicada a multa proporcional.

Abaixo, segue a discriminação dos valores:

Base estimada remanescente: R\$ 3.826.453,79

Estimativa remanescente (R\$ 3.826.453,79 x 25%): R\$ 956.613,45

Multa isolada mantida (R\$ 956.613,45 x 50%): R\$ 478.306,72

Multa isolada excluída (R\$ 1.109.844,27 – R\$ 478.306,72): R\$ 631.537,55

[...]

A observância do entendimento sumulado, portanto, pressupõe a identificação dos requisitos expressos no enunciado e a análise das circunstâncias do caso concreto, a fim de conferir eficácia à súmula, mas não aplica-la a casos distintos. Assim, a referência expressa ao fundamento legal das exigências às quais se aplica o entendimento sumulado limita a sua abrangência, mas a adoção de expressões cujo significado não pode ser identificado a partir dos paradigmas da súmula confere liberdade interpretativa ao julgador.

Como antes referido, no presente processo a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais foi exigida para fatos ocorridos após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Sendo assim e diante do todo o exposto, não só não há falar na aplicação ao caso da Súmula CARF nº 105, como não se pode cogitar da impossibilidade de lançamento da multa isolada por falta de recolhimento das estimativas após o encerramento do ano-calendário.

Como se viu, a multa de 50% prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 e calculada sobre o pagamento mensal de antecipação de IRPJ e CSLL que deixe de ser efetuado penaliza o descumprimento do dever de antecipar o recolhimento de tais tributos e independe do resultado apurado ao final do ano-calendário e da eventual aplicação de multa de ofício.

Nessa condição, a multa isolada é devida ainda que se apure prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, conforme estabelece a alínea "b" do referido inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, sendo que não haveria sentido em comando nesse sentido caso não se pudesse aplicar a multa após o encerramento do ano-calendário, eis que antes de encerrado o ano sequer pode se determinar se houve ou não prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL.

No mesmo sentido do entendimento aqui manifestado citam-se os seguintes acórdãos desta 1ª Turma da CSRF: 9101-002.414 (de 17/08/2016), 9101-002.438 (de 20/09/2016) e 9101-002.510 (de 12/12/2016).

É de se negar, portanto, provimento ao recurso da Contribuinte, mantendo-se o lançamento de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas.

Especificamente acerca do princípio da consunção, vale o acréscimo das razões de decidir adotadas pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto e expostas, dentre outros, no voto condutor do Acórdão nº 9101-006.056¹¹:

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

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

¹¹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

a nova multa isolada é aplicada, em percentual próprio, sobre o valor do pagamento mensal que deixou de ser efetuado a título de estimativa, não mais se falando em diferença sobre tributo que deixou de ser recolhido.

Em voto que a meu ver bem reflete a tese aqui exposta, o ilustre Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES foi preciso na análise do tema (Acórdão 103-23.370, Sessão de 24/01/2008):

[...]

Nada obstante, as regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.”

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

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

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

De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados *consuntos*, que funcionam apenas como fases de preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado *consuntivo*, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou inerente, dependentemente, deste último, o sujeito ativo só deverá ser responsabilizado pelo ilícito mais grave.¹²

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

¹² RAMOS, Guilherme da Rocha. Princípio da consunção: o problema conceitual do crime progressivo e da progressão criminosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/996>>. Acesso em: 6 dez. 2010.

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

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

Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um *minus* em direção a um *plus*.¹³ (destaques acrescidos).

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

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

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

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

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

Nestes termos, ainda que as infrações cometidas repercutam na apuração da estimativa mensal e do ajuste anual, diferentes são as condutas punidas: o dever de antecipar e o dever de recolher o tributo devido ao final do ano-calendário. As alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, por sua vez, não excetuaram a aplicação simultânea das penalidades, justamente porque diferentes são as condutas reprimidas, o mesmo se verificando na Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997, replicado atualmente na Instrução Normativa RFB nº 1700, de 2017, que em seu art. 52 prevê a imposição, apenas, da multa isolada durante o ano-calendário, enquanto não ocorrido o fato gerador que somente se completará ao seu final, restando a possibilidade de aplicação concomitante com a multa de ofício reconhecida expressamente em seu art. 53. Veja-se:

¹³ Idem, Idem

Art. 52. Verificada, durante o ano-calendário em curso, a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, o lançamento de ofício restringir-se-á à multa isolada sobre os valores não recolhidos.

§ 1º A multa de que trata o caput será de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado.

§ 2º As infrações relativas às regras de determinação do lucro real ou do resultado ajustado, verificadas nos procedimentos de redução ou suspensão do IRPJ ou da CSLL a pagar em determinado mês, ensejarão a aplicação da multa de ofício sobre o valor indevidamente reduzido ou suspenso.

§ 3º Na falta de atendimento à intimação de que trata o § 1º do art. 51, no prazo nela consignado, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil procederá à aplicação da multa de que trata o caput sobre o valor apurado com base nas regras previstas nos arts. 32 a 41, ressalvado o disposto no § 2º do art. 51.

§ 4º A não escrituração do livro Diário ou do Livro de que trata o caput do art. 310 até a data fixada para pagamento do IRPJ e da CSLL do respectivo mês, implicará desconsideração do balanço ou balancete para efeito da suspensão ou redução de que trata o art. 47 e a aplicação do disposto no § 2º deste artigo.

§ 5º Na verificação relativa ao ano-calendário em curso o livro Diário e o Livro de que se refere o § 4º serão exigidos mediante intimação específica, emitida pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Art. 53. Verificada a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL no ano-calendário correspondente; e

II - o IRPJ ou a CSLL devido com base no lucro real ou no resultado ajustado apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do tributo.

Observe-se, também, que as manifestações do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema foram editadas, apenas, no âmbito da 2ª Turma, e o posicionamento desta, inclusive, está renovado em acórdão mais recente, mas sem acréscimos nas razões de decidir, exarado nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.603.525/RJ, proferido em 23/11/2020¹⁴ e assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.

¹⁴ Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator Francisco Falcão.

I - Na origem, trata-se de ação objetivando a anulação de três lançamentos tributários, em virtude da existência de excesso do montante cobrado.

II - Após sentença que julgou parcialmente procedente o pleito elaborado na exordial, foram interpostas apelações pelo contribuinte e pela Fazenda Nacional, recursos que tiveram, respectivamente, seu provimento parcialmente concedido e negado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ficando consignado o entendimento de que é ilegal a aplicação concomitante das multas de ofício e isolada, previstas no art. 44 da Lei n. 9.430/1996.

III - Conquanto a parte insista que a única hipótese em que se poderá cobrar a multa isolada é se não for possível cobrar a multa de ofício, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que é ilegal a aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/1996. Nesse sentido: REsp 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 24/3/2015 e AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015.

IV - Agravo interno improvido.

Recentemente, porém, noticiou-se que as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça teriam se alinhado sob este entendimento, nos termos dos julgados proferidos à unanimidade no REsp nº 2.104.963/RJ¹⁵, de 05/12/2023, e no REsp nº 1.708.819/RS¹⁶, de 07/11/2023.

Primeiramente cabe observar que o REsp nº 2.104.963/RJ não teve em conta exigência cumulada de multa proporcional com multa de ofício isolada por falta de recolhimento de estimativas. A cumulação da multa proporcional, no caso, se deu com multa de ofício aplicada por inobservância do dever de manter arquivos magnéticos, como registrado no voto condutor do acórdão de 05/12/2023:

Em suma, ao se examinar a pretensão fazendária posta neste apelo especial, verificar-se-á que a discussão nestes autos em epígrafe, defende a exigência concomitante e cumulada das multas tributárias impostas à contribuinte, seja em face da exigibilidade da infração fiscal imposta de ofício, pelo descumprimento de obrigação tributária acessória, seja pela multa fiscal impingida em razão da inobservância da obrigação tributária concernente ao dever da contribuinte de entregar corretamente a autoridade fiscal, os arquivos digitais com registros contábeis, nos termos do artigo 12, inciso III, da Lei 8.212/1991.

De toda a sorte, como antes registrado, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já vinha se manifestando contrariamente à cumulação da multa de ofício proporcional com

¹⁵ A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Afrânio Vilela, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator Mauro Campbell Marques.

¹⁶ Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator Sérgio Kukina. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas. Apenas que tal julgado, de 2020, contou com a participação de Ministros que não mais integram a Segunda Turma.

Com respeito ao julgado proferido no REsp nº 1.708.819/RS, releva notar que a unanimidade foi extraída sem a participação do Ministro Benedito Gonçalves, ausente justificadamente. Ainda, embora os fundamentos da decisão em questão tratem dos dispositivos legais que autorizam a aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas concomitantemente com a multa proporcional, nas duas passagens do voto que referem o caso em discussão, vê-se que o questionamento era dirigido a penalidades no âmbito aduaneiro:

O magistrado a quo denegou a ordem, decidum este mantido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por fundamentos que podem ser resumidos nos seguintes termos: (I) constituem multas isoladas aquelas aplicadas pela Administração Aduaneira em decorrência de infração administrativa ao controle das importações; (II) a multa isolada pela incorreta classificação da mercadoria importada tem natureza diversa da multa de ofício. Esta última objetiva penalizar o contribuinte que deixa de recolher os tributos de forma voluntária e sua aplicação não implica ilegalidade, podendo, inclusive, incidir de forma cumulativa; e (III) a concessão de parcelamento é atividade discricionária da administração tributária, devendo o optante submeter-se às suas regras especiais e condições bem como aos seus requisitos.

[...]

Na espécie, entendeu o acórdão recorrido pela possibilidade de cumulação das multas, nos seguintes termos (fls. 620/621):

Como se vê, pretende a impetrante o reconhecimento de que as multas administrativas aplicadas constituem multa de ofício, para fins de gozo dos benefícios previstos na Lei 11.941 de 2009, que estabelece regime de parcelamento de débitos tributários. Com efeito, cabe observar que a multa de ofício objetiva penalizar o contribuinte que deixa de recolher os tributos de forma voluntária e, com isso, obriga o Fisco, mediante complexo procedimento de fiscalização, a verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável e calcular o montante do tributo devido. Todavia, a multa aqui analisada decorre da infração administrativa ao controle das importações, sendo irrelevante que tenha havido ou não o pagamento dos tributos incidentes na importação. É certo, pois, que se trata de multa isolada, e não de multa de ofício. No que se refere à alegação de impossibilidade de cumulação da multa isolada e de ofício, melhor sorte não assiste à impetrante. Conforme esclareceu o juiz da causa, 'a multa isolada pela incorreta classificação da mercadoria importada - caso dos autos - tem expressa permissão para ser aplicada cumulativamente com outras penalidades administrativas, conforme disposto no § 2º do art. 84 da Medida Provisória 2.158-35/2001.

[...]

Estes descompassos, somados ao fato de que ainda não se verificou o trânsito em julgado das referidas decisões, assim como não há notícia se houve interposição de recurso extraordinário nos correspondentes autos, impedem qualquer cogitação de mudança do entendimento até então afirmado por esta Conselheira.

Cabe esclarecer, por fim, que a Súmula CARF nº 82 confirma a presente exigência. Isto porque o entendimento consolidado de que *após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas* decorre, justamente, da previsão legal de aplicação da multa de ofício isolada quando constatada tal infração. Ou seja, encerrado o ano-calendário, descabe exigir as estimativas não recolhidas, vez que já evidenciada a apuração final do tributo passível de lançamento se não recolhido e/ou declarado. Contudo, a lei não deixa impune o descumprimento da obrigação de antecipar os recolhimentos decorrentes da opção pela apuração do lucro real, estipulando desde a redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa por falta de recolhimento das estimativas, assim formalizada sem o acompanhamento do principal das estimativas não recolhidas que passarão, antes, pelo filtro da apuração ao final do ano-calendário.

Assim, deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN também neste ponto.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Redator designado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Ministro Humberto Martins¹⁷, da 2ª Turma desse E. Tribunal:

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

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

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

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

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

¹⁷ Resp 1.496.354-PR. Dje 24/03/2015.

calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.

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

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

[...]

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

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

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

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

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

3. A multa isolada não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício, sendo por esta absorvida, em atendimento ao princípio da consunção. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.603.525/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, Dje de 25/11/2020; AgRg no REsp 1.576.289/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje 27/5/2016; AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Dje 28/9/2015; REsp n. 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Dje de 24/3/2015.

4. Recurso especial provido.

A propósito, em Sessão de 1º de setembro de 2020, esta C. Turma, por determinação do art. 19-E da Lei n.º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei n.º 13.988/2020, em julgamento do qual o presente Relator participou, afastou a concomitância das multas de ofício e isolada para fatos geradores posteriores a 2007.

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (destacamos)

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

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

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

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular *dano* ao Erário (do ponto de vista *material*), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o *princípio da absorção* ou da *consunção*, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra¹⁸.

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

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

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

(...)

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

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

¹⁸ Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462.

Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece - e, até por isso, é denominada “multa isolada”: porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

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

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

(...)

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

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

(...)

Portanto, compreendo que os argumentos acima não são suficientes para levar ao cancelamento da exigência de multas isoladas.

Não obstante, -- **e aqui reside especificamente o ponto em que, com o devido respeito, discordo do voto da i. Relatora** -- compreendo que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Não nego que a base de cálculo das multas seja diversa (valor da estimativa devida *versus* valor do ajuste anual devido), assim como não nego que se trata de punição pelo descumprimento de deveres diferentes (a multa isolada como pena por não antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória, e a multa de ofício por não recolher o tributo apurado como devido no ajuste anual).

Ocorre que, sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Aqui, sim, é relevante o fato de a estimativa ser mera antecipação do tributo devido no ajuste anual, sendo de se ressaltar a impossibilidade de se punir, **ao mesmo tempo**, uma **conduta ilícita** e seu **meio de execução**.

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta. E isso não porque se trate da mesma pena (porque não é), mas simplesmente porque, quando uma conduta punível é etapa preparatória para outra, também punível, pune-se apenas o ilícito-fim, que absorve o outro.

Dito de outra forma, não se nega que, no caso, é impróprio falar em aplicação concomitante de penalidades em razão de uma mesma infração: a hipótese de incidência da multa isolada é o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional é o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido ao final do período. Não obstante, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consunção.

A matéria é pacífica na doutrina penal, sendo certo, por exemplo, que um indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato apenas responderá pelo crime de estelionato, e não pelo crime de falsificação de documento – tal entendimento está, inclusive, pacificado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. E isso é assim não porque as condutas se confundam (já que uma coisa é falsificar documento e outra é praticar estelionato), sendo certo também que as penas previstas são diversas e visam a proteger diferentes bens jurídicos, mas simplesmente porque, quando uma conduta for etapa preparatória para a outra, a sua punição é absorvida pela punição da conduta-fim.

Segundo Rogério Grecco, mostra-se cabível falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: i) quando um crime é meio necessário, fase de preparação ou de execução de outro crime; ii) nos casos de antefato ou pós-fato impunível (Manual de Direito Penal. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas, p.121). Compreendo que o caso das estimativas que repercutem no valor devido no ajuste anual encaixa-se perfeitamente na primeira hipótese.

Neste tema, elucidativo o trecho do voto do então conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima no acórdão CSRF/0105.838, e 15 de abril de 2008 (o qual é citado nos votos condutores dos acórdãos 9101001.307 e 9101001.261, que, por sua vez, são precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF n. 105):

(...)

Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, deve-se investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem

obrigatória de lesão, menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.

No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.

Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam "princípio da consunção".

Segundo as lições de Miguel Reale Junior: "pelo critério da consunção, se ao desenrolar da ação se vem a violar uma pluralidade de normas passando-se de uma violação menos grave para outra mais grave, que é o que sucede no crime progressivo, prevalece a norma relativa ao crime em estágio mais grave..." E prossegue "no crime progressivo, portanto, o crime mais grave engloba o menos grave, que não é senão um momento a ser ultrapassado, uma passagem obrigatória para se alcançar uma realização mais grave".

Assim, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício na hipótese de falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também pela falta de antecipação sob a forma estimada. Cobrase apenas a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo.

Essa mesma conduta ocorre, por exemplo, quando o contribuinte atrasa o pagamento do tributo não declarado e é posteriormente fiscalizado. Embora haja previsão de multa de mora pelo atraso de pagamento (20%), essa penalidade é absorvida pela aplicação da multa de ofício de 75%. É pacífico na própria Administração Tributária, que não é possível exigir concomitantemente as duas penalidades — de mora e de ofício — na mesma autuação por falta de recolhimento do tributo. Na dosimetria da pena mais gravosa, já está considerado o fato de o contribuinte estar em mora no pagamento.

(...)

É por isso que, mesmo após a alteração da Lei 9.430/1966, promovida pela Lei 11.488/2007, compreendo que prevalece, em caso de dupla penalização, as razões de decidir (*ratio decidendi*) que orientaram o enunciado da Súmula CARF n. 105, que diz:

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

Em síntese, portanto, compreendo que as multas isoladas aplicadas em razão da ausência de recolhimento de estimativas mensais não podem ser cobradas cumulativamente com a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor apurado no ajuste anual do mesmo ano calendário, eis que, embora se trate de penalidades por condutas distintas (e que visam a proteger bens jurídicos diversos, como acima abordado), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-

calendário), a pena pela infração-meio é absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

Estas são as razões pelas quais, novamente pedindo vênias à i. Relatora, orientei meu voto para cancelar as multas isoladas também quanto ao ano calendário de 2007.

Nesse sentido, oriento meu voto para negar provimento ao recurso especial, mantendo o cancelamento da cobrança das multas isoladas em questão.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli

A controvérsia diz respeito à legitimidade ou não da glosa do ágio pago na aquisição das participações societárias nas sociedades Citifundos Asset Management Ltda e Participações Ltda e Citiportfólio Asset Management Ltda, constituídas mediante integralização *do negócio de gestão de ativos global*, até então operado por Citigroup Asset Management (CAM).

Mais precisamente, o Grupo Legg Mason, que não atuava no Brasil, adquiriu, por intermédio de outras duas *holdings* (Legg Mason Participações Ltda e Western Asset Participações Ltda.) por ele controladas, as quotas de Citifundos Asset Management Ltda e Participações Ltda e Citiportfólio Asset Management Ltda, pessoas jurídicas nas quais o Banco Citibank S/A aportou *a totalidade dos ativos e passivos, relativos à atividade de administração de recursos de terceiros*, divididos respectivamente entre “bandeira renda variável” e “bandeira renda fixa”.

As aquisições ocorreram em 01/12/2005, e a partir de 31/12/2005 seguiram-se as incorporações que até 31/05/2006 reuniram as quatro pessoas jurídicas em Citifundos Asset Management Ltda, cuja razão social passou a ser, ao final, Western Asset Management DTVM (Contribuinte).

Nesse contexto, entende a contribuinte, com base no *Relatório de Avaliação Econômico-Financeiro do Citifundos*, que o fundamento do ágio tem por base a rentabilidade futura das investidas, o que lhe garante o direito à sua dedução fiscal após as incorporações.

Por outro lado, sustenta a fiscalização que o fundamento econômico do ágio pago na verdade diz respeito à *aquisição de fundo de comércio, relativo à atividade de gestão de recursos de terceiros (CAM) do BANCO CITIBANK*, dado a realidade fática na qual insere-se este

empreendimento negocial inviabilizar a previsão de resultados futuros de empresas coligadas, pela ausência de histórico de operação na área de gestão de recursos de terceiros. Assim enquadrado, não haveria no que se falar em direito de amortização fiscal do ágio, sendo correta a glosa levada a cabo.

Foi nesse sentido da acusação fiscal que o acórdão recorrido se manifestou, tendo sido este entendimento corroborado no voto da I. relatora, que assim concluiu:

De fato, as participações societárias adquiridas não correspondiam a empresas em atividade, cujo patrimônio acumulado projetasse resultados futuros. O patrimônio destas empresas foi constituído pelo aporte dos elementos ativos e passivos do fundo de comércio detido pelo Grupo Citibank na atividade do CAM (Citigroup Asset Management), e o relatório de avaliação em questão se prestou a determinar o valor presente desses elementos patrimoniais na constituição destas pessoas jurídicas, e não o valor de mercado das participações societárias.

Não concordo com esse racional, filiando-me ao que restou decidido em outros dois processos que analisaram essa mesma situação fática.

Do voto condutor do Acórdão nº **1402-001.925**, destaco as seguintes passagens:

Os valores pagos pela aquisição das sociedades Citifundos e Citiportfolios não dizem respeito somente ao fundo de comércio, mas sim às sociedades gestoras das carteiras de investimento.

O ágio em tela surgiu da aquisição das sociedades Citifundos e Citiportfolios, pelo que os valores dessas aquisições dizem respeito às sociedades como um todo, e não somente aos respectivos fundos de comércio como supôs a fiscalização.

Ao contrário do entendimento da fiscalização, não foram adquiridos, pela Western Asset e Legg Mason, os bens individualmente ou mesmo o conjunto de bens (fundo de comércio) das sociedades Citifundos e Citiportfolios, mas sim as próprias sociedades, pelo que os valores pagos dizem respeito a uma análise das sociedades como um todo, incluindo elementos que não fazem parte do fundo de comércio, os quais compuseram a avaliação das sociedades adquiridas. O que de fato se adquiriu e pagou foram as sociedades, não sendo possível segregar ou identificar o valor pago pelo fundo de comércio nessas aquisições.

E do Acórdão nº **1401-003.043** extrai-se o quanto segue:

Não caberia ao fisco julgar a imprestabilidade do laudo pelo simples fato de não concordar com os motivos que fizeram a contribuinte pagar um valor maior do que o PL da própria empresa, ou de parte de empresas, como no caso em análise.

Por outro lado, a simples referência de que a empresa foi recentemente criada e que ainda não havia expectativa de rentabilidade futura, conforme justificado para a negativa do recurso do segundo processo, a meu ver não merece prosperar.

Afinal, imaginemos uma situação hipotética em que duas grandes empresas unissem suas forças desmembrando alguns de seus ativos. Podemos até hipoteticamente imaginar duas

grandes empresas, como por exemplo as montadoras de automóvel, Volks e Audi (que hoje já são uma única empresa - apenas hipoteticamente). A Volks dá à nova empresa apenas a sua área responsável pela eficiência financeira para que a nova empresa consiga fazer carros competitivos em termos de valor, já a Audi, desmembra-se para dar a nova super montadora, sua área de projetos para que os carros tenham maior tecnologia embarcada e segurança. Provavelmente essas partes poderiam ser alienadas por um valor muito superior que a apenas as áreas desmembradas da Volks e da Audi.

Nesse sentido, uma avaliação não poderia ser desconfigurada tão-somente porque a empresa não existia anteriormente.

Esse é o caso dos autos, alguns dos ativos de duas empresas foram adquiridos com ágio, tendo o laudo justificado o porquê de ter ser avaliado os ativos daquela forma, conforme se depreende do abaixo (fls. 81- laudo de avaliação):

O CAM foi recentemente desmembrado em duas empresas, o Citiportfolio, cujo produto são as carteiras administradas, contando com cerca de 70 clientes individuais, principalmente fundos de pensão; e o Citifundos, que tem como produto os fundos de investimento, contando com aproximadamente 100.000 clientes, incluindo varejo, geridas tanto exclusivamente quanto conjuntamente. Uma vez que o Citifundos é uma empresa recém-criada, não dispõem de histórico próprio, de forma que a análise feita a seguir refere-se ao CAM como um todo.

Por outro lado, não há como se dissociar a avaliação de bens do ativo para valorar uma empresa. A maioria delas tem fundo de comércio, empregados, computadores, etc. O que se avalia, na verdade com a rentabilidade futura é qual seria a rentabilidade daquela empresa, objeto da compra, independente de ser uma nova empresa ou não e qual seria a mais valia daquilo que está sendo adquirido.

[...]

Pelo acima exposto e tendo considerado que o laudo efetivamente avaliou a expectativa de rentabilidade futura dou provimento ao recurso da recorrente para desconsiderar a infração em seu fundamento, pois o que foi avaliado por ambos os laudos foi a expectativa de rentabilidade futura e não o fundo de comércio ou outro ativo, sendo que agiu a contribuinte conforme permitido pela legislação.

Acrescenta-se, aqui, que a redação do art. 20 do Decreto-lei 1.598/77, antes da alteração da Lei 12.973/2014, não estabelecia uma ordem específica de alocação para fins de reconhecimento do ágio, não havendo ainda previsão para registro do sobrepreço motivado em rentabilidade futura como parcela residual.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte quadro comparativo da redação do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 antes e depois das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973/2014:

obre os fundamentos econômicos do ágio veiculados pelo artigo 20, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977, digna de nota é a declaração de voto apresentada pelo l. Conselheiro Alexandre

Artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77	
Antes da Lei nº 12.973/2014 (Vigente à Época dos Fatos)	Depois da Lei nº 12.973/2014 (Não Vigente à Época dos Fatos)
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. § 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.	Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento 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 - 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; e III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.

Evaristo Acórdão nº **1201-003.202**, do qual participei e que foi por mim acompanhado. Confira-se:

Em que pese a excelência do voto, apresento aqui declaração de voto, na medida em que acompanho o relator pelas conclusões, no que fui seguido pelos ilustres conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa e Bárbara Melo Carneiro.

(...)

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 20, §2º, do Decreto Lei nº. 1.598/77 dispunha que o registro contábil do ágio deverá ser feito de acordo com seu fundamento econômico, dentre os seguintes: (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; e (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Luís Eduardo Schoueri destaca que há um pleonasmo no tocante à existência dos três referidos fundamentos econômicos para o ágio, sendo que ao jurista cabe afastar o dispositivo legal ou buscar uma diferenciação que justifique a disciplina legal. Nesse sentido, diante da falta de limites claros entre os diversos fundamentos, Luís Eduardo Schoueri afirma que inexistente dispositivo legal que impeça que haja mais de uma

fundamentação, de modo que o contribuinte pode escolher o fundamento que for mais vantajoso quando houver mais de uma fundamentação¹⁹.

Nesse sentido, para ilustrar que um mesmo fato pode se enquadrar em mais de um fundamento, Luís Eduardo Schoueri²⁰ traz a figura de três círculos que possuem intersecções, conforme abaixo:



Cumprе destacar que uma das etapas do processo contábil é a mensuração (LOPES, Alexandro B., MARTINS, Eliseu. Teoria da Contabilidade: uma nova abordagem. São Paulo: Atlas, 2005). A partir do estudo das formas de mensuração de um ativo, é possível dividi-las em dois grupos: valores de entrada e valores de saída (MARTINS, Eliseu (org.). Avaliação de empresas: Da mensuração contábil à econômica. São Paulo: Atlas, 2001. P. 27).

Os valores de entrada representam aqueles obtidos no mercado de compra da entidade, refletindo a importância que a entidade dá ou deu quando da aquisição daquele ativo, ao passo que os valores de saída são aqueles que seriam obtidas no mercado de venda, refletindo a importância dada pelo mercado ao ativo que a empresa possui (MARTINS, Eliseu (org.). Avaliação de empresas: Da mensuração contábil à econômica. São Paulo: Atlas, 2001. P. 27).

Dentre os valores de entrada, destacam-se as seguintes formas de mensuração de ativo: (i) Custo histórico; (ii) Custo histórico corrigido; (iii) Custo corrente ou de reposição; (iv) Custo de reposição corrigido; e (v) Custo de reposição futuro.

Por sua vez, dentre os valores de saída, destacam-se: (i) Valor Realizado; (ii) Valor corrente de venda; (iii) Valor realizável líquido; (iv) Valor de liquidação; (v) Valor de realização futuro; e (vi) Valor presente do fluxo de caixa futuro.

Com relação aos valores de saída, cumpre notar que, para fins de uma avaliação econômica, os ativos podem ter ao mesmo tempo diferentes valores. No que tange aos valores de saída mais comuns, é importante salientar que um ativo pode ter tanto um valor de venda líquido das despesas para tal venda quanto um valor de uso, isto é, um valor decorrente da utilização econômica daquele ativo descontado a valor presente.

Como decorrência de tal raciocínio, é cabível sob o ponto de vista econômico que um ativo (tangível ou intangível) tenha um valor realizável líquido, que seria o valor pelo qual seria transacionado em uma operação com parte independente, quanto um valor de rentabilidade futura decorrente de sua utilização.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

Tendo em vista que há substrato econômico para a fundamentação de um ativo por mais de um valor de saída e diante da inexistência de ordem de escolha na redação original do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 para a fundamentação do ágio (...), é possível que todo o fundamentado econômico seja alocado como rentabilidade futura, desde que haja um laudo suportando tal fundamento.

Aliás, em termos econômicos, somente faria sentido alocar o custo de aquisição como parte de ativos tangíveis ou intangíveis se a entidade tivesse a intenção de alienar os referidos ativos. Caso contrário, aqueles ativos foram adquiridos para serem utilizados, isto é, com base em seu valor de uso, que refletem a rentabilidade futura decorrente do uso daqueles ativos.

Diante de tal cenário, na minha visão seria indiferente a existência de resultados distintos no laudo de rentabilidade e no laudo dos ativos líquidos a valor justo, uma vez que ambos podem estar corretos, isto é, um pode refletir o valor de uso (uma modalidade de valor de saída) e o outro refletir o valor realizável líquido (outra modalidade de valor de saída) e, tendo em vista que a norma tributária então vigente não estabelecia ordem de fundamentação econômica, o contribuinte poderia fundamentar todo o ágio como de rentabilidade futura, desde que tivesse um laudo suportando tal metodologia.

grifamos

O contribuinte, na verdade, não é livre para escolher o motivo do ágio como melhor lhe convém, afinal ele carrega o ônus de demonstrar o fundamento econômico nos termos da lei.

Ocorre que, tal como as razões econômicas foram eleitas pelo Legislador, há uma potencial intersecção entre os motivos de pagar ágio, notadamente em face da amplitude do conceito *rentabilidade futura*, que muitas vezes se confunde ao conjunto de bens e direitos da entidade.

Ora, é inegável, e até natural no mundo capitalista, que todo investidor busca, ao comprar uma participação societária - que sempre tem por objeto um ou mais negócios determinados -, auferir lucros futuros.

Sobre o tema, leciona Ricardo Mariz de Oliveira²¹ que:

... mesmo quando os bens do ativo da pessoa jurídica objeto da aquisição (portanto, do investimento com ágio ou deságio) valham mais do que o seu valor contábil (hipótese comum na realidade), uma certa expectativa de rentabilidade do negócio, em seu todo, pode ser o único motivo determinante da fixação do preço pelo vendedor, ou o único motivo determinante do pagamento do custo aceito pelo adquirente.

Neste caso, para o adquirente, a existência dos bens no ativo da pessoa jurídica e a sua capacidade para contribuir para a geração dos lucros esperados são os fatores que realmente importam para explicar o ágio ou deságio, sendo absolutamente irrelevante o valor de mercado desses bens que o adquirente não pretende sejam vendidos, exatamente porque pretende mantê-los empregados nas atividades produtoras dos lucros perseguidos.

²¹ "Os motivos e os Fundamentos Econômicos dos Ágios e Deságios na Aquisição de Investimentos, na Perspectiva da Legislação Tributária". In: Direito Tributário Atual nº 23. Páginas 473 e 481.

Isto é assim tanto quanto a existência de bens intangíveis, contabilizados ou não, é apenas parte do cabedal de meios de produção e formador da empresa com a qual se pretende obter os lucros que justificam o custo pago, sem que o respectivo ágio ou deságio deixe de ser fundamento na expectativa de rentabilidade.

Nestas circunstâncias, se houver preceito contábil que requeira o registro do valor de mercado de bens, não afetará o preço realmente praticado, portanto, o respectivo custo efetivo, nem o fundamento econômico do ágio ou deságio a ser reconhecido fiscalmente.

Aliás, se a lei fiscal prevê modalidades distintas de fundamentos de ágio ou deságios, com diferentes tratamentos, é porque admite a possibilidade da existência, em cada caso concreto, de apenas um, ou de mais de um, apesar de que, quando o fundamento seja apenas a expectativa de rentabilidade (como no exemplo), esta depende necessariamente do conjunto dos bens necessários à atuação da empresa, bens estes que são relevantes por serem indispensáveis à geração dos lucros, mas não os seus valores de venda no mercado, que em nada contribuem (os valores) para este fim.

Realmente não é possível desvincular por completo a rentabilidade futura de um investimento dos seus respectivos ativos (tangíveis e intangíveis), bastando, para que o primeiro fundamento prevaleça ao menos no período objeto da glosa, que o contribuinte apresente os dados econômicos que o levaram a tomada de decisão com perspectivas futuras do negócio. Daí o dever do sujeito passivo de projetar resultados futuros com a sua participação na investida.

Nas palavras de Heleno Taveira Torres²²:

A alínea b, do § 2º, do art. 20, do Decreto-lei nº 1.598/77, dispõe sobre o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

Essa disposição exige duas premissas bem definidas: i) rentabilidade da investida e ii) que essa rentabilidade seja apurada com base em **previsão dos resultados em exercícios futuros. Não basta, pois, a alegação de futura rentabilidade**, faz-se necessário que esta seja **apurada em consideração a exercícios futuros, a partir de previsões de resultados.**”

É justamente o caso do laudo que amparou a aquisição ora analisada, que expressamente atestou a rentabilidade futura do investimento pelo tradicional método de fluxo de caixa descontado.

Ao contrário do que entendeu o acórdão recorrido e o voto da Relatora, o relatório de avaliação em questão não se prestou nem a determinar *o valor presente dos elementos patrimoniais na constituição de Citifundos e Citiportfólio* e nem a definir *o valor justo de mercado* das investidas. Tal estudo, é certo, tomou como parâmetro os resultados futuros das participações societárias que absorveram o *negócio de gestão de recursos de terceiros*, que até então era operado pelo BANCO CITIBANK (alienante).

²² TORRES, Heleno Taveira. O ágio fundamentado por rentabilidade futura e suas repercussões tributárias. Disponível em: < <http://www.fiscosoft.com.br> > Acesso em: 25 Mar 2014

Ora, não é porque as holdings não existiam que elas não possuíam rentabilidade futura. Trata-se a projeção de fato prospectivo que levou em conta a própria estimativa futura de crescimento do setor, utilizando-se inclusive de dados passados do referido *fundo de comércio*. É justamente o que se espera de uma laudo desta natureza: estimar o futuro do investimento com base nos ativos que lhe dão causa.

Como registra a I. Relatora, *a discussão acerca do fundamento do ágio pago somente se estabelece se admitida a operação de aquisição de participação societária*.

Com efeito, sob a perspectiva do comprador, houve aquisição de uma atividade empresária determinada – a administração de fundos e recursos de terceiros -, paga com ágio fundado na rentabilidade futura da própria empresa, sendo o fundo de comércio integralizado o meio de seu exercício.

Embora não existia nas empresas adquiridas um “histórico operacional”, e isso se justifica justamente porque elas foram constituídas como mecanismo hábil a segregar essa parte da atividade do Banco Citibank, não se pode perder de vista que o relatório levou em conta os próprios dados desta operação, até então concentrada na ponta do vendedor, para projetar a rentabilidade futura das recém investidas.

Ainda que possa ter sido um fundo de comércio o elemento patrimonial que deu causa à participação societária, o comprador notoriamente viu no resultado econômico futuro a razão motivadora do pagamento do ágio.

Para que não parem dúvidas dessa afirmativa, destaco do laudo os seguintes trechos que atestam a rentabilidade futura da participação societária na sociedade *Citifundos*:

O valor de investimento do Citifundos considera o impacto gerado no negócio devido à entrada da Legg Mason, com reflexos na receita e custos projetados para 2006.

Na avaliação das operações do Citifundos, conforme detalhado no relatório a seguir, foi adotado o “*Income Approach*” (Método da Lucratividade), baseado no enfoque do fluxo de caixa futuro descontado a valor presente para determinar o “*investment value*”. O enfoque do fluxo de caixa descontado tem como base o conceito de que o valor econômico de um negócio em marcha está diretamente relacionado ao valor presente dos fluxos de caixa líquidos gerados pelas operações da Empresa no futuro. Isso porque somente o caixa pode ser usado para pagamento de dividendos ou novos investimentos.

Na avaliação do Citifundos foi considerado cenário projetivo único, que representa as operações esperadas para a Empresa em seu mercado de atuação.

Os ativos e passivos não operacionais, ou seja, aqueles que não são empregados nas operações da Empresa e, portanto, não constituem fator relevante e determinante nos resultados operacionais projetados, são ajustados ao valor econômico.

II - DESCRIÇÃO DA EMPRESA.

O Citigroup Asset Management – CAM – detém, sob sua administração, cerca de 70 carteiras distribuídas em 14 categorias diferentes. Segundo dados de outubro da ANBID, a gestora do Citibank tem um montante de recursos de cerca de R\$28,9 bilhões sob administração e ocupa a nona colocação entre os maiores do setor, respondendo por 3,97% do mercado brasileiro.

O CAM foi recentemente desmembrado em duas empresas, o Citiportfolio, cujo produto são as carteiras administradas, contando com cerca de 70 clientes individuais, principalmente fundos de pensão; e o Citifundos, que tem como produto os fundos de investimento, contando com aproximadamente 100.000 clientes, incluindo varejo, geridas tanto exclusivamente quanto conjuntamente. Uma vez que o Citifundos é uma empresa recém-criada, não dispõe de histórico próprio, de forma que a análise feita a seguir refere-se ao CAM como um todo.

Historicamente, o CAM tem apresentado crescimento de suas receitas e do patrimônio administrado, como demonstram os gráficos abaixo:

VI - PREMISSAS DA AVALIAÇÃO

PREMISSAS E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Na avaliação econômico-financeira do Citifundos foi adotado o conceito do fluxo de caixa futuro descontado a valor presente. As projeções das operações do Citifundos consideraram o período de 1º de dezembro de 2005 a 31 de dezembro de 2012, tendo sido as operações projetadas para 2013 perpetuadas a partir do ano 2012, com uma taxa anual de crescimento de 10,22%, equivalente à projeção do CDI, líquida de Imposto de Renda.

As projeções foram feitas em moeda corrente, sendo os valores projetados e a taxa de desconto ajustadas para esse fim.

Apresentamos, a seguir, as principais premissas utilizadas na projeção do fluxo de caixa do Citifundos.

PREMISSAS PARA PROJEÇÃO

Receita

Consideramos, para o modelo de receita, o patrimônio gerido pelo fundo – *Assets Under Management (AUM)*, o fluxo das aplicações e resgates do fundo – *Netflows*, os rendimentos da aplicação dos recursos, equivalentes à taxa de juros – *Market Action*, assim como a taxa de administração aplicada sobre os recursos – *fee mix*.

A projeção de receitas foi baseada na média dos recursos geridos – *AUM* e no *fee mix* – taxa de administração. Para projetarmos os mesmos, os seguintes *drivers* de projeção foram utilizados:

- *NetFlows*: Diferença entre as aplicações e os resgates dos fundos, sendo negativo nos primeiros períodos projetivos, devido à mudança de gestão e conseqüente perda de clientes, e equivalentes à metade do crescimento projetado para o PIB aplicado ao patrimônio administrado nos anos subseqüentes.
- *Market Action*: Rendimento dos ativos investidos, sendo equivalente ao CDI líquido de Imposto de Renda.

[...]

Despesas Operacionais

Nas projeções, as despesas operacionais acompanham a variação da receita. Para o ano de 2006, as projeções foram feitas com base nas informações da Administração do CAM, previstas em seu orçamento, além de considerar os custos adicionais estimados pela entrada da Legg Mason no negócio, impactando os resultados da Empresa neste ano.

Ao longo do período projetivo, há um ganho gradativo de margem, pela melhoria da eficiência operacional da Empresa, de forma a atingir em 2010 a margem histórica média do CAM.

VII - RESULTADO DA AVALIAÇÃO

A avaliação econômico-financeira do Citifundos foi realizada com a aplicação do método denominado *Income Approach*, considerando o enfoque do *Investment Value*, com base no valor presente líquido do fluxo de caixa gerado pelas operações futuras, conforme premissas e considerações mencionadas anteriormente neste relatório.

Dessa forma, com base no escopo da revisão, em pesquisas, análises, informações obtidas e conhecimento adquirido na execução dos trabalhos e, principalmente, nas projeções das atividades operacionais futuras da Empresa, preparadas conforme detalhado neste relatório, o valor econômico do Citifundos na data-base 01 de dezembro de 2005 é de R\$156.312 mil (cento e cinquenta e seis milhões, trezentos e doze mil reais), conforme quadro a seguir:

Descrição	R\$ mil
Fluxo de Caixa a Valor Presente (01/12/05 a 31/12/12)	59.612
(+) Valor Residual (Perpetuidade)	<u>96.700</u>
= Valor Econômico do Fluxo de Caixa Operacional	156.312
(+/-) Ajustes (ativos e passivos não operacionais)	(0)
= Valor Econômico-financeiro do Citifundos	<u>156.312</u>

Nota-se, assim, que houve demonstração da rentabilidade futura das holdings Citifundos e Citiportfólio, sociedades estas, diga-se, que nunca foram desqualificadas ou taxadas de simulada na acusação fiscal.

Por mais preconceito, então, que se possa ter da estrutura adotada ou da lei até então vigente, que não previa um benefício de ordem quanto ao fundamento do ágio, a glosa deve ser afastada em razão do cumprimento das regras de dedução das despesas com o ágio pela recorrente.

É a declaração.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

A autoridade fiscal considerou indedutível o ágio pago na operação de aquisição pelo grupo Legg Mason das carteiras de Fundos anteriormente geridas por Citigroup Asset Management (CAM), sob o entendimento de que *“o fundamento econômico do ágio pago foi a aquisição do fundo de comércio, relativo à atividade de “asset management” do Citigroup”*, e não das empresas Citifundos e Citiportifólio, constituídas para receber o acervo patrimonial e a gestão dos fundos outrora administrado por CAM.

Na perspectiva fiscal a rentabilidade futura demonstrada no Laudo de Avaliação elaborado pela empresa Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda consistiria, precisamente, na precificação do fundo de comércio adquirido pela Legg Mason e não das empresas Citifundos e Citiportifólio, recém-criadas para verter os ativos e passivos e a carteira de clientes para a adquirente.

A d. relatora bem resumiu os termos da acusação fiscal constante do Termo de Verificação Fiscal – TVF, nestes termos:

[...]

A glosa recai sobre a amortização fiscal de ágio pago no valor de R\$ 154.816.956,57 por Legg Mason Participações Ltda na aquisição das quotas de Citifundos Asset Management Ltda (“bandeira de renda variável”), e de ágio pago no valor de R\$ 39.629.638,13 por Western Asset Participações Ltda na aquisição das quotas de Citiportifólio Asset Management Ltda (“bandeira de renda fixa”). As aquisições ocorreram em 01/12/2005, e a partir de 31/12/2005 seguiram-se as incorporações que até 31/05/2006 reuniram as quatro pessoas jurídicas em Citifundos Asset Management Ltda, cuja razão social passou a ser, ao final, Western Asset Management DTVM (Contribuinte). As amortizações dos ágios pagos afetaram seu o lucro tributável a partir do ano-calendário 2006, e a autoridade lançadora promoveu a glosa sob os seguintes fundamentos:

Nos termos do art. 385 do RIR/99, o lançamento do ágio deverá indicar seu fundamento econômico e ser baseado em demonstração arquivada como comprovante da escrituração;

A amortização do ágio pela Contribuinte foi promovida à razão de 1/96 avos mensalmente, de forma mais conservadora que a prevista no art. 386, inciso III do RIR/99, mas sob a premissa de que o fundamento econômico *é o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros*;

O demonstrativo que embasou a escrituração do ágio é o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira do Citigroup Asset Management, que utilizando a metodologia do fluxo de caixa para o acionista descontado a valor presente –

fluxo de dividendos, projeta as operações da CITIFUNDOS e CITIPORTFOLIO no período de 1º de dezembro de 2006 a 31 de dezembro de 2012;

O fundamento econômico do ágio pago, porém, foi aquisição de fundo de comércio, relativo à atividade de gestão de recursos de terceiros (CAM) do BANCO CITIBANK, dado a realidade fática na qual insere-se este empreendimento negocial inviabilizar a previsão de resultados futuros de empresas coligadas, pela ausência de histórico de operação na área de gestão de recursos de terceiros;

Ressalta que a carteira de recebíveis cedida à CITIPORTFOLIO, único ativo transferido, representa a clientela, que não é passível de existência autônoma, estando diretamente relacionada ao fundo de comércio de CAM;

Conforme doutrina e jurisprudência, *fundo de comércio e estabelecimento comercial são palavras sinônimas*, e representam itens passíveis objeto de alienação autônoma, na forma do *caput* do art. 133 do CTN;

No âmbito civil, estabelecimento comercial está definido no art. 1142 do Código Civil; clientela e aviamento estão relacionados ao fundo de comércio, apesar das diferentes abordagens doutrinárias a respeito; e a expertise da mão de obra utilizada na execução da atividade pode ser *tão ou mais importante que os bens corpóreos e incorpóreos que integram o estabelecimento*;

CITIFUNDOS e CITIPORTFOLIO receberam de Citigroup o fundo de comércio relativo à atividade de gestão de recursos de terceiros (CAM), representado por ativos e assunção de passivos, relativos à atividade de asset management (CAM) e parte da clientela atribuída a CITIFUNDOS, além do departamento técnico e infraestrutura e do suporte operacional atribuídos à CITIFUNDOS. A contratação consistiu na constituição de uma empresa com o propósito de gerir e administrar fundos de investimento e carteiras administradas a serem adquiridas por Legg Mason Inc, sendo que as empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFOLIO, recém-criadas, nunca operaram de forma dissociada do fundo de comércio transferido pelo CITIBANK;

Empregados do CAM do CITIBANK foram, na quase totalidade, transferidos para CITIFUNDOS, mas permaneceram trabalhando no mesmo local e com a mesma estrutura operacional, dado que a CAM desde 03/03/1999 já operava em local segregado das demais atividades do CITIBANK, em observância a Resoluções do CMN nº 2451/97 e 2486/98;

Quanto à clientela, as cessões dos contratos de carteiras administradas foram formalizadas por meio de termos aditivos aos contratos, assinados entre o CITIBANK, a CITIPORTFOLIOS e cada um dos clientes, mas as atividades permaneceram no mesmo local, e a percepção dos clientes foi de que houve apenas uma troca de gestor das carteiras e fundos, porque o CITIBANK ainda operava diretamente junto ao público;

Os relatórios de avaliação econômico financeira registram que as empresas recém-criadas não dispõe *de um histórico próprio, de forma que a análise* feita se

referiu ao CAM como um todo, ou seja, tendo em conta o crescimento das receitas líquidas e patrimônio administrado pelos fundos a partir dos dados do Grupo Citibank no período de 2002 a 2004. Daí a conclusão de que esses dados foram utilizados a fim de estimar o valor do fundo de comércio/estabelecimento comercial referente à CITIFUNDOS e à CITIPORTFOLIO, considerando-se, também, doutrina segundo a qual o valor do intangível ou do fundo de comércio pode ser determinado também pela previsão de resultados futuros;

Como a possibilidade de dedução do ágio está limitada aos casos de ágio cujo fundamento econômico seja expectativa por rentabilidade futura, constatado que no caso o fundamento econômico do ágio é a aquisição de fundo de comércio, cabe a glosa das despesas e exclusões correspondentes realizadas no LALUR nos períodos fiscalizados.

A i. relatora concorda com a acusação fiscal, apontando que:

[...]

De fato, as participações societárias adquiridas não correspondiam a empresas em atividade, cujo patrimônio acumulado projetasse resultados futuros. O patrimônio destas empresas foi constituído pelo aporte dos elementos ativos e passivos do fundo de comércio detido pelo Grupo Citibank na atividade do CAM (*Citigroup Asset Management*), e o relatório de avaliação em questão se prestou a determinar o valor presente desses elementos patrimoniais na constituição destas pessoas jurídicas, e não o valor de mercado das participações societárias.

Por certo o pagamento do *goodwill* pode ter mais de um fundamento, mormente se a atividade empresária reúne ativos que comportam valorização específica. O diferencial, aqui, é a inexistência de atividade empresária pelas investidas cuja participação societária foi alienada, o que impõe atribuir toda a avaliação promovida exclusivamente ao fundo de comércio nelas aportado para sua constituição.

Quanto ao fato de este fundo de comércio ter seu valor determinado a partir de cálculos de fluxo de caixa descontado, importa observar que a expectativa de rentabilidade futura pode ser projetada a partir de atividade empresária estabelecida ou de uma reunião de ativos e passivos que serão destinados a uma atividade empresária. O legislador tributário, porém, tratou de forma diferenciada a realização do preço pago pela aquisição de um fundo de comércio, quer ele seja determinado por seu valor histórico ou também considerando expectativas de rentabilidade futura. E no presente caso não há dúvida que o investimento adquirido representava, apenas, um fundo de comércio destacado para exploração pela adquirente.

[...]

Com efeito, o presente caso tem a sutileza de que o principal ativo envolvido na transação refere-se precisamente ao portfólio de clientes e às carteiras de fundos transferidas à

adquirente, posto que é a administração desta carteira a principal fonte de receitas do empreendimento transferido. E, de fato, não são os demais ativos e passivos tangíveis transferidos que determinam a rentabilidade futura do empreendimento.

Assim, a discussão em tela consiste em definir se a rentabilidade futura apurada nos laudos de avaliação corresponde ao valor das empresas recém-criadas ou ao fundo de comércio transferido.

O fato de as empresas para as quais foram transferidos os acervos e atividades (Citifundos e Citiportfólio) sequer terem funcionado determinou que toda a avaliação recaísse sobre a base histórica de desempenho de Citigroup Asset Management – CAM, seja no que concerne às receitas, seja quanto aos custos projetados.

É bem verdade que o laudo de avaliação destaca que a estimativa do valor foi baseada “no conceito de valor de investimento (“investment value”), o qual é geralmente definido como o preço no qual um ativo poderia ser comprado ou vendido sob a ótica de um investidor específico, ou seja, considerando seus próprios e individuais interesses”.

O relatório destaca, *verbis*:

“Essa definição é diferente do conceito de valor justo de mercado (“*fair market value*”) na qual o valor é definido como o preço possível de se obter em um mercado aberto e sem restrição, entre partes informadas e prudentes, agindo com independência e qualquer coação”.

Os valores estimados sob esses dois conceitos podem ou não ser significativamente diferentes, dependendo das premissas adotadas.

O valor de investimento de um negócio, para um investidor específico ou potencial proprietário pode ser diferente do seu valor justo de mercado por algumas razões, tais como as seguintes:

- Diferenças nas estimativas de lucratividade futuras.
- Diferenças na percepção de risco e na taxa esperada de retomo, e
- Sinergias com outras operações.

E conclui que “o valor de investimento do Citifundos considera o impacto gerado no negócio devido à entrada da Legg Mason, com reflexos na receita e custos projetados para 2006”.

No entanto, examinando os laudos de avaliação apresentados pela contribuinte (fls. 513/613), verifica-se que todos os dados de receitas e despesas são extraídos do desempenho histórico de CAM e que as demais variáveis consideradas, como taxa de desconto, custo de capital próprio (dos acionistas), Prêmio de Risco de Mercado (*Market Risk Premium*), Risco não Medido pelo Beta (- Prêmio pelo tamanho da empresa e – Prêmio para o risco país) são baseadas em índices de mercado.

Ainda que o laudo aponte algumas circunstâncias em face da mudança da gestão dos fundos, tais como: a possibilidade de *perdas de clientes no primeiros períodos projetados* e,

para o ano de 2006, que os *custos adicionais estimados pela entrada de Legg Mason no negócio e a perspectiva de um ganho gradativo de margem, pela melhoria de eficiência operacional da Empresa, de forma a atingir em 2010 a margem histórica média de CAM*, tais considerações são genéricas e não trazem qualquer especificidade em relação à adquirente (Legg Mason), de sorte que seriam aplicáveis à avaliação em face de qualquer investidor com a mesma expertise no ramo de negócio.

Ou seja, ao fim e ao cabo o laudo de avaliação se refere efetivamente a uma estimativa do valor justo de mercado do fundo de comércio transferido para a empresa adquirente. Não há como dissociar a precificação do principal ativo transferido aos adquirentes, concernente à carteira de clientes e fundos administrados, dessa avaliação.

A resultante da avaliação acaba determinando o valor final pago pelas empresas adquiridas por Legg Mason, mas a rentabilidade futura estimada corresponde exatamente ao valor de mercado do fundo de comércio embutido na aquisição.

Ante ao exposto, e pelas razões já apresentadas no voto condutor, acompanho a d. relatora sentido de dar provimento ao recurso da PGFN nesta matéria.

Quanto à exigência de multa isolada concomitante com a multa de ofício, por se tratar de matéria bastante conhecida e reiterada, acompanho a d. relatora, sem quaisquer outras considerações.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado