



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16561.720006/2015-76
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1401-002.077 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2017
Matéria ÁGIO. IRPJ E CSLL.
Recorrentes MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL

O prazo decadencial para a lavratura de auto de infração para a glosa de despesas de amortização de ágio tem início com a efetiva dedução de tais despesas pelo contribuinte. Não ocorrência de decadência no caso concreto.

ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS. EFETIVA EXISTÊNCIA DA ADQUIRENTE. EMPRESA VEÍCULO. Mesmo uma holding pura requer um mínimo de elementos materiais que a caracterizem como sociedade empresária, para além de um registro na Junta Comercial e um número no CNPJ. Não há a geração de ágio na situação em que, no momento da aquisição, a holding dita adquirente era apenas um CNPJ, existente no âmbito formal, mas materialmente vazia.

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

MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ABSORÇÃO OU CONSUNÇÃO. A multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor. Pelo princípio da absorção ou consunção, contudo, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na mesma medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo. Tratando-se de mesmo tributo, esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.

INTERPRETAÇÃO DE PENALIDADE FAVORAVELMENTE AO CONTRIBUINTE. APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. Estando os fatos que determinaram a aplicação da multa qualificada devidamente identificados e não restando dúvida sobre o enquadramento da situação de fato ao tipo previsto na lei é inaplicável o art. 112 do CTN.

PENALIDADES. Art. 76 da Lei 4.502/67. NÃO APLICAÇÃO. Embora o artigo 76, II, “a” da Lei 4.502/1964 exclua a penalidade pela observância de decisão irrecorrível de última instância administrativa, o artigo 100 do CTN (Lei 5.172/1966), norma posterior, passou a excluir penalidades apenas no caso de observância de decisões administrativas a que a lei atribua eficácia normativa.

DESPESAS COM PUBLICIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. Consideram-se não dedutíveis despesas com relação às quais o contribuinte não tenha apresentado documentação idônea.

JUROS SOBRE MULTA. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.

MULTA AGRAVADA. NÃO ATENDIMENTO DE INTIMAÇÕES. NÃO APLICAÇÃO. A hipótese de agravamento da multa em razão de o sujeito passivo não atender intimação para prestar esclarecimentos no prazo marcado não se aplica quando os prazos estabelecidos foram cumpridos mediante a entrega dos documentos obrigatórios e fornecimento das informações solicitadas. O simples fato de o contribuinte não apresentar determinados documentos requeridos pela fiscalização (alguns de natureza essencialmente negocial e apenas secundariamente contábil), não é capaz de ensejar o agravamento da multa quando a fiscalização é suficientemente atendida e recebe as informações de guarda obrigatória solicitadas.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL.

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

RO Negado e RV Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso de Ofício e ao Recurso Voluntário no que tange às despesas com propaganda e publicidade. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário i) em relação à glosa das despesas com amortização de ágio. Vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, que fará declaração de voto, e José Roberto Adelino da Silva; e ii) em relação aos juros de mora aplicados sobre a multa de ofício. Vencido o Conselheiro José Roberto Adelino da Silva. Por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário para i) afastar a qualificação da multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Abel Nunes de Oliveira Neto e Luiz Augusto de Souza Gonçalves; e ii) afastar a

aplicação da multa isolada até o limite do valor da multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa e Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Daniel Ribeiro Silva, José Roberto Adelino da Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Livia De Carli Germano (vice-Presidente) e Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa. Ausente momentaneamente a Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.

Relatório

Introdução

Trata-se de auto de infração para cobrança de IRPJ e CSLL referente à glosa de despesa de amortização de ágio na aquisição da empresa Medley S/A Indústria Farmacêutica (CNPJ 50.929.710/0001-79 - "Medley 50"), acrescido de multa qualificada e agravada (225%), tendo em vista que a contribuinte não entregou documentos reputados relevantes pela fiscalização, apesar de reiteradamente intimada. Foi lançada também multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas.

No entender da fiscalização, "*em vez da simples aquisição direta da Medley 50 pela Sanofi-Aventis Participations, controladora do grupo situada na França, houve a utilização por parte do grupo Sanofi-Aventis de uma complexa reorganização societária para essa aquisição, envolvendo empresas de passagem, custo de aquisição inflado por aumento de capital e a divisão da Medley 50 entre essas empresas de passagem. Tudo para dar uma aparência legítima ao aproveitamento da amortização do ágio, já inchado, como despesa dedutível*" (Termo de Verificação Fiscal, fl. 17189).

Além desse lançamento, foram também glosadas despesas de publicidade que a autoridade fiscal entendeu não comprovadas mediante documentos hábeis, acrescidas de multa de 75% e juros Selic.

Glosa das despesas com amortização de ágio

Com relação à glosa das despesas com amortização de ágio, esta ocorreu no contexto da reorganização societária envolvendo as seguintes empresas:

- **MEDLEY 50 ou MEDLEY:** MEDLEY S/A INDÚSTRIA FARMACÊUTICA, CNPJ nº 50.929.710/0001-79 (em julho de 2014 esta sociedade foi incorporada pela Medley Comercial e Logística Ltda., que assumiu a denominação de MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA., CNPJ 10.588.595/0007-97 - Recorrente).

- **SANOFI 13:** SANOFI AVENTIS ANIMAL NUTRITION BRASIL LTDA, CNPJ 13.094.578/0001-04, posteriormente denominada SANOFI AVENTIS COMERCIAL E LOGÍSTICA LTDA.

- **SANOFI 02:** SANOFI-AVENTIS FARMACÊUTICA LTDA, CNPJ 02.685.377/0001-57

- **SANOFI 10 Com ou SACP:** SANOFI-AVENTIS COMERCIAL E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 10.588.595/0001-00, posteriormente MEDLEY COMERCIAL E LOGÍSTICA LTDA. e atualmente MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA., CNPJ 10.588.595/0007-97 (Medley 10)

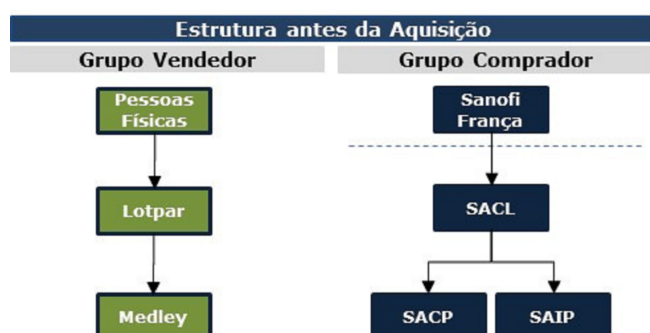
- **SANOFI 10 Ind ou SAIP:** SANOFI-AVENTIS INDUSTRIAL E PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 10.496.038/0001-50

- **Lotpar:** LOTPAR IV PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 10.645.021/0001-18 (Lotpar), empresa holding representando a família Negrão, grupo de pessoas físicas vendedor.

Antes da transação objeto do presente processo administrativo, o capital social da Medley 50 era integralmente detido pela Lotpar.

Em 14.3.2009 a holding operacional do Grupo Sanofi no Brasil (Sanofi-Aventis Comercial e Logística Ltda. - SACL) constituiu: (i) a Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda. (Sanofi 10 Com ou SACP); e (ii) a Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda. (Sanofi 10 Ind ou SAIP). Segundo a Recorrente, as empresas foram constituídas com o objetivo de permitir a segregação das atividades desenvolvidas pela Medley em duas empresas distintas: uma com foco comercial e outra com foco industrial.

Assim, em momento anterior às operações objeto do presente processo administrativo, a estrutura societária da Medley e da Sanofi era a seguinte:



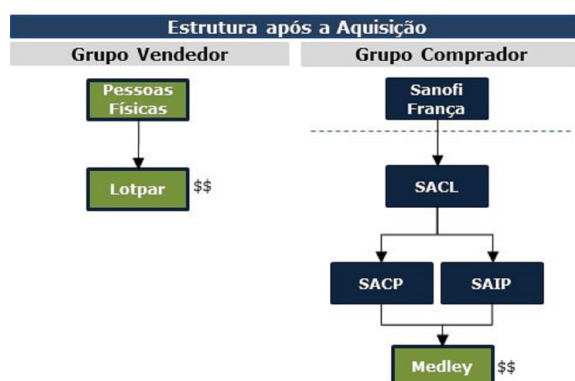
Em 7 de abril de 2009 foi assinado o Contrato de Compra e Venda de Ações (doc. nº 6 da Impugnação), pelo qual a Recorrente (à época SAIP) e a SACP se

comprometeram adquirir da Lotpar 100% das ações existentes e de novas ações de emissão da Medley pelo valor total de R\$1.499.999.999,46, sendo R\$ 955.330.721,46 pagos à Lotpar e R\$ 544.669.278,00 pagos para a própria Medley para aquisição de ações de sua própria emissão.

Na data de fechamento, 27/04/2009, a parcela do preço de aquisição pago à Lotpar foi dividida da seguinte forma: (i) a SACP pagou R\$ 859.797.649,31 para aquisição de 90% das ações; e (ii) a Recorrente (à época SAIP) pagou R\$ 95.533.072,15 para aquisição de 10% das ações.

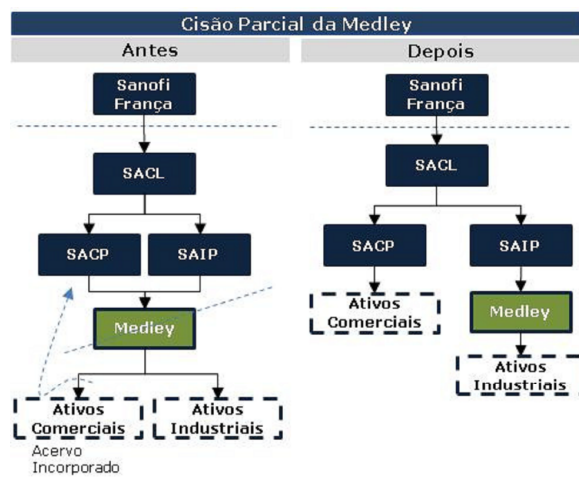
Já a parcela do preço de aquisição paga para a Medley pela emissão de suas ações foi segregada da seguinte forma: (i) a SACP pagou R\$ 490.202.350,00 (90%); e (ii) a Recorrente (à época SAIP) pagou R\$ 54.466.928,00 (10%). Tal pagamento ocorreu na data de fechamento contratada, 27 de abril de 2009, data em que houve aumento do capital social da Medley no valor total de R\$ 544.669.278,00.

Após a aquisição, a Recorrente (à época SAIP) apurou ágio no valor de R\$ R\$ 148.836.884,12 (valor após ajustes em razão de obrigações firmadas no Contrato de Compra e Venda para o pagamento de preço de aquisição adicional em benefício da Lotpar). A estrutura após a aquisição pode ser assim demonstrada:

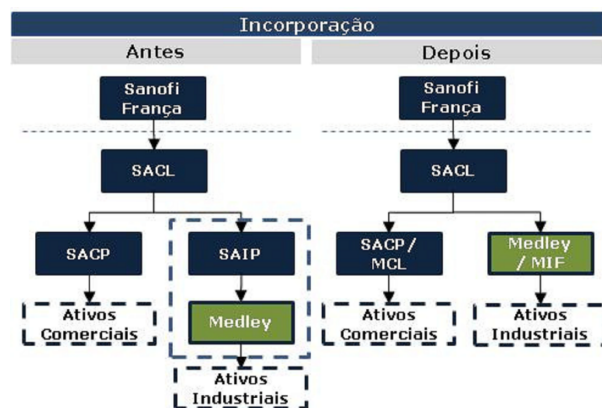


Foram considerados como integrantes do preço pago para fins de formação do valor do ágio: (i) o valor do aumento de capital; e (ii) o valor dos ajustes do preço de compra pagos ao vendedor (*earn-outs*).

Em 30.11.2009 a Medley foi cindida, tendo havido a incorporação do acervo líquido cindido (ativos e passivos relativos à área comercial da Medley - 90% do total) na SACP. A estrutura após a cisão pode ser assim representada:



Em 30.12.2009, a Medley (que então apenas detinha os ativos e passivos relacionados à atividade industrial dos negócios Medley - 10% do total) incorporou a Recorrente (à época SAIP), passando a estrutura a ser assim representada:



O ágio questionado no presente processo administrativo (referente à aquisição, pela SAIP, de 10% da Medley) começou a ser amortizado em janeiro de 2010, com prazo de 10 anos (cf. Controle Fiscal de Amortização do Ágio, fl. 525).

O Termo de Verificação Fiscal (TVF) questionou:

(i) o demonstrativo que baseou o registro do ágio, apontando indícios de que este não teria sido elaborado "por ocasião da aquisição" conforme determina o art. 20 do decreto-Lei 1.598/1977 (fls. 1727-1728):

"39. O ágio foi contabilizado com suporte no Balanço Patrimonial de 27/04/200923 e no documento denominado "Medley S/A Indústria Farmacêutica - Laudo de Avaliação Econômico-Financeira – Data-base: 27 de abril de 2009" elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda.24. Este Laudo está datado de 30 de junho de 2009, e já está considerando os efeitos do aumento de capital realizado pelos adquirentes, o que demonstra que foi elaborado após a aquisição da Medley 50.

40. Esse laudo apresenta um estudo de rentabilidade futura baseado em uma condição patrimonial bem diversa daquela em que se deu a

aquisição, uma vez que a investida recebeu um montante de capital expressivo após a aquisição, no valor de R\$ 544.669.278,00.

(...)

42. Consta do laudo que: “Entendemos que o propósito deste estudo é estimar o valor econômico para a totalidade das ações da Medley, visando suportar o valor pago em sua aquisição pela Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda. (“Sanofi Comercial”) e pela Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda. (“Sanofi Industrial”)”. Note-se que o laudo visa suportar o valor já pago em sua aquisição.

43. Foi apresentado ainda, um estudo elaborado antes da aquisição da Medley S/A Indústria Farmacêutica, denominado “Medley – Valuation Summary”. Na verdade, esse documento parece ser o estudo econômico para aquisição da Medley em comparação com as empresas do grupo investidor. Não há trabalho de conclusão e nem a identificação de quem elaborou o estudo. O solicitado era para apresentar o Laudo de Avaliação da Medley Farmacêutica, se existisse, elaborado por ocasião da sua aquisição conforme o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, visto que o Laudo apresentado foi elaborado após a data de aquisição.

44. Pelo documento apresentado (o citado Medley – Valuation Summary), não há o Laudo de Avaliação da Medley elaborado em conformidade com o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Em sendo assim, não foi cumprido um requisito para o registro do ágio. (...)

(ii) a composição do valor do ágio, tendo em vista este ser integrado pelo valor das ações subscritas e por parcelas referentes à mais valia de ativos, bem como por ter sido influenciado pelo fato de o patrimônio líquido da adquirida ter se tornado negativo no mês anterior ao da aquisição (fl. 1728-1740):

"45. De qualquer forma, é importante ressaltar que o laudo de avaliação apresentado pela fiscalizada para embasar o valor do ágio apurado na aquisição da Medley, considera o valor do patrimônio líquido da adquirida já com o aumento do capital social. Dessa forma, o próprio laudo considera que o aumento de capital social não faz parte do ágio da operação.

46. Por outro lado, o valor inicial do ágio que está sendo amortizado incorpora algumas parcelas que não fazem parte da rubrica “ágio”. Está considerando o valor da mais-valia dos ativos adquiridos e o valor do aumento de capital social como parte do ágio apurado.

47. O Laudo de Avaliação, na seção “Notas Importantes”, informa que a Deloitte “foi contratada pela Sanofi Comercial e pela Sanofi Industrial para preparar o presente Laudo de Avaliação Econômico-Financeiro da Medley, na data base de 27/04/2009, cujo objetivo foi suportar o valor pago na aquisição da empresa, com base na rentabilidade futura de suas operações. Adicionalmente estimamos o valor de mercado do ativo

imobilizado da empresa, com a finalidade de mensurar a mais valia desses ativos”.

48. Segundo o Laudo, foram avaliados os seguintes grupos de bens: terrenos; construções civis e benfeitorias; máquinas, equipamentos e instalações industriais; móveis e utensílios; equipamentos de informática; e veículos. Foram realizados inventários em 100% das instalações administrativas e industriais das unidades fabris da Medley em Campinas e Sumaré.

49. A avaliação patrimonial dos bens estabeleceu os seguintes valores: valor de reposição, vida útil remanescente e valor de mercado. Os valores a mercado dos ativos imobilizados avaliados são os seguintes (valores em R\$ mil):

Denominação	Valor contábil	Valor a mercado	Mais valia
Terrenos	4.378	7.000	2.622
Edifícios e benfeit.	47.020	54.543	7.523
Máquinas, equip., inst.	36.831	57.691	20.860
Moveis e utensílios	1.177	1.334	157
Veículos	4.058	7.910	3.852
Informática hardware	1.257	1.292	35
Total	94.721	129.770	35.049

50. Em função da cisão da empresa, o valor da mais valia desses ativos também deve ser considerado na divisão. De acordo com o Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da Medley, do total do ativo permanente no valor de R\$ 136.855.795,23, apenas o montante de R\$ 7.092.123,81 foi cindido, permanecendo o restante no ativo da empresa cindida.

(...)

68. O aumento do Capital Social somente foi efetivado após os vendedores terem sido pagos e expressamente terem deixado a empresa. O aumento de Capital Social foi efetivado já com o controle e o domínio da empresa pelo grupo Sanofi-Aventis.

(...)

85. A partir dos dados acima, pode-se dizer que antes do aumento de capital, o patrimônio líquido da Medley 50 era o seguinte:

	Março/2009	27/Abril antes do aumento de CS	27/Abril após o aumento de CS
Capital Social	65.099.780,00	65.099.780,00	609.769.058,00
Reservas de Capital	284.651.090,95	16.039.781,05	16.039.781,05
Reserva Legal	3.788.784,66	3.788.784,66	3.788.784,66
Incentivos Fiscais Fimor	30.494,14		
Reserva de Ágio (GFN)	12.250.996,39	12.250.996,39	12.250.996,39
Reserva de Ágio (Litius)	268.580.815,76	-	-
Resultados Acumulados	-156.498.430,05	-565.599.000,00	-565.599.000,00
Total Patrimônio Líquido	193.252.440,90	-484.459.278,00	60.210.000,00

97. (...) no caso presente, não se pode perder de vista que o fato da empresa ter sido adquirida com passivo a descoberto decorre de uma negociação entre as partes envolvidas. O patrimônio líquido era positivo

até março de 2009 e se torna negativo em abril de 2009, por adotar critérios do grupo comprador antes da compra ser efetivada. Em uma situação usual, a empresa teria sido transferida com o PL positivo que vinha apresentando e somente após a compra ser efetivada é que o grupo comprador aplicaria as suas diretrizes e, com isso, o PL se tornaria negativo. Em suma, apenas porque essa situação foi negociada entre as partes é que a empresa não teve o seu patrimônio líquido negativo já sob a nova controladora, o que tornaria mais evidente a impropriedade de se contabilizar ágio no aumento de capital.

98. Porém, mesmo que se admita a possibilidade contábil de registrar o aumento de capital em controlada adquirida com passivo a descoberto como ágio e não como perda imediata, tal possibilidade não encontra o mesmo tratamento na legislação tributária. No RIR/99, não há referência a um tratamento diferenciado para o caso de aumento de capital, que permitisse uma dedução na apuração do lucro real

(...)

105. Por fim, e apenas como hipótese para esgotar todas as possibilidades de ser gerado ágio nessa operação de aumento de capital, se constata que ainda que existisse ágio na situação em análise, tal ágio seria o chamado ágio interno, em vista das suas características, como a falta de um terceiro independente interessado na operação e a falta de um efetivo desembolso, afinal o que foi pago por uma empresa do grupo (a Sanofi 10 Ind) é o mesmo montante que entrou em outra empresa do mesmo grupo (a Medley 50), e que acabou por se tornar a mesma empresa quando a Medley 50 incorporou a Sanofi 10 Ind."

(iii) a utilização de empresa-veículo para o surgimento do ágio, tendo sido a verdadeira aquisição realizada pela controladora francesa (fl. 1741-1745):

"(...) o grupo Sanofi-Aventis adquiriu a totalidade da participação societária da Medley 50 utilizando duas empresas veículo, sendo que a fiscalizada incorporou uma delas. Como já descrito em item anterior deste Termo, essa incorporada era uma empresa de gaveta, denominada de Kolgua Participações Ltda., que foi adquirida pela Sanofi 13 em 14/03/2009, com capital social de R\$ 1.000,00, não integralizado..

110. Nesse momento, o endereço da fiscalizada passou para a Avenida Major Sylvio de Magalhães Padilha, nº 5200, Condomínio América Business Park, São Paulo, CEP 05693-000, o mesmo endereço da Sanofi 13. Os administradores também são os mesmos, da Sanofi 13 e da veículo adquirida, os Srs. Heraldo Carvalho Marchezini, Ivan Pedro Gonçalves de Barros e Jeanne da Silva Machado.

111. Em 07/04/2009, a incorporada já com a denominação de Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda. firma o Contrato de Compra e Venda de Ações para a aquisição da Medley S/A Indústria Farmacêutica. Embora conste no artigo 7.4 do Contrato de Compra e Venda de Ações que "a compradora tem (e terá na Data de Fechamento) fundos e ativos

suficientes para cumprir com suas obrigações financeiras nos termos deste Contrato”, tal afirmação só é real quanto ao fato de que a compradora terá na Data de Fechamento fundos suficientes, porque na data em que o contrato foi firmado a fiscalizada não possuía fundo ou ativo algum, sequer o capital social inicial de R\$ 1.000,00 havia sido integralizado.

112. Sendo uma empresa de gaveta, sem operações, não desempenhando o papel real de uma empresa, não tinha como gerar recursos próprios, principalmente no prazo e no volume necessários para a aquisição da Medley 50. Tais recursos só poderiam vir de outra empresa do grupo Sanofi-Aventis.

113. E vieram da Sanofi-Aventis Participations, sediada na França, que proporcionou os recursos para que a Sanofi 13 em 27/04/2009, ou seja, na mesma data de fechamento do negócio em que os recursos teriam que ser transferidos para os vendedores, aumentar o capital social da fiscalizada em R\$ 150.000.000,00, o valor exato e necessário para a compra de 10% da participação societária da Medley 50 e do aumento de capital subsequente na mesma proporção. Na prática, esses recursos entraram no caixa da fiscalizada e saíram no mesmo momento, como se constata pelo extrato da conta-corrente no Banco Itaú do período.

114. Fica claro, assim, que a verdadeira adquirente da Medley 50 é a Sanofi-Aventis Participations, origem dos recursos utilizados para a aquisição e para o aumento de capital efetuado em seguida. Os recursos para a aquisição e para o aumento de capital apenas transitaram por alguns instantes pela conta da Sanofi 13 e da fiscalizada.

(...)

116. A Sanofi 13, a empresa holding do grupo Sanofi no país, foi questionada através de procedimento de diligência, determinado pelo MPF-D nº 0818500.2013.00138-7, sobre os motivos, sejam societários, regulatórios, tributários ou outros, pelos quais a aquisição da Medley 50 teve de ser efetuada com a utilização de empresas veículos.

117. Segundo a Sanofi 13, não houve utilização de sociedades veículo para adquirir a Medley 50. As sociedades teriam sido constituídas para permitir a segregação das atividades em duas sociedades com funções distintas, uma industrial e outra comercial.

(...)

119. Não é apresentada uma justificativa plausível para o procedimento adotado. A interposição da fiscalizada teria o propósito de segregar as atividades da Medley 50 e não de participar de sua aquisição. Mas, esse motivo não exigiria necessariamente a interposição de empresas veículo entre a real investidora e a investida. Como admitiram na sua resposta, a segregação de atividades não exige a presença prévia de outra empresa antes da cisão. Tal empresa poderia ser criada por ocasião da cisão.

(...)

132. No caso em análise, a opção do grupo Sanofi-Aventis não foi pela extinção do investimento. O ágio apurado na aquisição da Medley 50 foi transferido para empresas veículo, mas o investimento realizado permaneceu no patrimônio da empresa holding, ainda que travestido de investimento na empresa veículo. Dessa forma, o valor do ágio é registrado na veículo e permanece também na holding, ou seja, o investimento não foi extinto."

Glosa das despesas com propaganda

Foram também questionadas as despesas com ações promocionais, cujos beneficiários eram farmácias e drogarias de venda ao público ou distribuidoras atacadistas de remédios. Neste ponto, vale transcrever o correspondente trecho do TVF (fl. 1748-1749):

144. Visando comprovar a efetividade de tais despesas, foram solicitados diversos documentos de diversos beneficiários, tais como notas fiscais, recibos, contratos e comprovantes bancários das despesas pagas que suportem o valor informado das "ações promocionais". Foram solicitados os comprovantes bancários de diferentes beneficiários no total de R\$ 33.786.762,79, o que representava pouco mais de 50% do total das despesas com publicidade e propaganda no ano de 2010, conforme a relação constante do Termo de Intimação Fiscal nº 07, com ciência do sujeito passivo em 08/05/2014.

145. O fiscalizado apresentou documentos relativos a alguns beneficiários, como recibos dos beneficiários, Termo de Parceria Comercial e Relatório de Despesas, e comprovantes bancários de pagamento ou transferências de recursos aos beneficiários.

146. Foram considerados todos os documentos apresentados pelo sujeito passivo em suas respostas desde 01/04/2014 e até a data de 13/11/2014, como cientificado pelo Termo de Intimação Fiscal nº 23. É de se ressaltar que não houve a apresentação de qualquer novo comprovante desde a resposta de 24/09/2014.

147. Do total de comprovantes solicitados, o fiscalizado não conseguiu comprovar os seguintes montantes, conforme apurado nos Demonstrativos de Comprovantes por Beneficiário:

Período	Valor a Comprovar	Valor Comprovado	Valor sem Comprovação
2010	33.786.762,79	25.541.623,39	8.245.139,40

148. Em vista da falta de comprovação da despesa no ano-calendário 2010, os valores sem comprovação serão glosados na apuração do lucro líquido do sujeito passivo por esta fiscalização.

Penalidades

O TVF abre tópico específico no qual, após transcrever o artigo 44 da Lei 9.430/1996 e o artigo 72 da Lei 4.502/1964, o qual define fraude, conclui que os procedimentos adotados pela fiscalizada estão compreendidos na hipótese prevista em tal norma, observando, ainda:

"173. Não cabe à empresa invocar desconhecimento ou prática de erro escusável. A reorganização societária não foi feita ao acaso. Toda a reestruturação societária promovida teve o objetivo de gerar despesas de amortização de ágio. Para isso, foram realizadas diversas operações que, analisadas isoladamente, não violavam nenhuma norma legal. Porém, o resultado da reorganização proporcionou ao sujeito passivo os melhores efeitos tributários que não seriam possíveis legalmente.

(...)

177. A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito comercial ou societário na incorporação realizada, à luz do art. 966 do Código Civil, ficando caracterizada a utilização da incorporadora como mera "empresa veículo" para transferência do ágio à adquirida – Medley S/A Indústria Farmacêutica, apenas com o fim almejado de redução do valor tributável pela amortização do ágio.

178. A Sanofi 10 Ind em seu curto período ativo, não incorreu em custos, despesas ou receitas, apresentando apenas a movimentação decorrente do pretense investimento na Medley, e seu ágio. Ou seja, a sociedade formalizada produziu apenas documentos (atas, estatutos, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos de outras empresas do Grupo Sanofi. A situação do planejamento tributário em questão nesta ação fiscal, a aparência de legalidade e a publicidade dessa aparente legalidade é um aspecto imprescindível de toda a operação."

A multa foi ainda agravada por não atendimento à intimação para prestar esclarecimentos em razão de não ter apresentado, ao longo dos dois anos de fiscalização e após reiteradas intimações, documentos que, segundo a fiscalização, auxiliariam a compreender melhor a operação de compra da Medley Indústria Farmacêutica, tais como o Relatório de Due Diligence da Medley Farmacêutica, as Demonstrações Financeiras Auditadas de Fechamento e o chamado Relatório da PWC. A multa foi aplicada após a empresa ter declarado à fiscalização que *"as referidas informações não constituem documentos de guarda obrigatória nos termos da legislação vigente, uma vez que são materiais de cunho estritamente comercial."*

Também foi aplicada multa isolada de 50% em razão da ausência de recolhimento de impostos por estimativa ao longo dos períodos fiscalizados.

Decisão da DRJ

A Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto (SP) manteve integralmente as glosas das despesas com a amortização fiscal do ágio e com despesas de propaganda, tendo afastado a aplicação da multa agravada. O acórdão 14-59.816 recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. PROVA. DEDUTIBILIDADE. No lançamento contábil do ágio deve estar indicado o fundamento econômico, e quando este for o valor de rentabilidade futura da investida, deve estar baseado em demonstração a ser arquivada como comprovante da escrituração. Na ausência de apresentação da prova hábil do fundamento econômico, in casu, da demonstração de rentabilidade futura das investidas, considera-se não comprovado o ágio contabilizado na aquisição dos investimentos, configurando-se irregular as decorrentes despesas de amortização.

DESPESAS DE PUBLICIDADE. INDEDUTIBILIDADE. Restando não comprovada a efetividade das despesas de propaganda, diante da não apresentação dos comprovantes repetidamente requeridos, inviável considerar como despesas de publicidade valores que excedam aqueles antes aceitos pela autoridade fiscal.

MULTA QUALIFICADA. Não há como afastar a imputação fiscal de fraude e a conseqüente aplicação da multa qualificada se descritas pela Fiscalização circunstâncias que demonstram a ocorrência de reestruturação societária para criar, formalmente, por meio da constituição e posterior incorporação por “empresa veículo”, uma situação que se enquadrasse na exceção legal que possibilita deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a Lei nº 9.532/97, o que justifica, além da glosa das correspondentes deduções, a multa no percentual de 150%.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA. O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, ao prever as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos) não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº.9.430, de 1996, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/12/2010, 31/12/2011, 31/12/2012

CSLL. BASE DE CÁLCULO. NORMAS DE APURAÇÃO. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração para o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. Se não restar perfeitamente caracterizada no processo a recusa em atender a intimação ou de apresentação de esclarecimento, não cabe o agravamento da multa de lançamento de ofício.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Recurso Voluntário

Intimada em 14 de abril de 2016 (fl. 2473), a contribuinte apresentou recurso voluntário em 13 de maio de 2016 (fl. 2465), alegando, em síntese:

Despesas com amortização de ágio

- Decadência: o prazo para as autoridades fiscais questionarem as operações deve ser contado a partir do registro contábil do ágio pela adquirente, de maneira que, tendo este ocorrido em 2009, a decadência teria se operado em 31.12.2014, portanto antes do lançamento em 12.01.2015.

- Todos os pressupostos legais para a amortização fiscal do ágio foram atendidos, de forma que a estrutura não pode ser desconsiderada. Nesse ponto, a Recorrente ressalta as seguintes "premissas":

(i) A transação de compra de participação societária foi realizada entre partes independentes, envolvendo grupos econômicos não relacionados;

(ii) Houve efetivo pagamento do preço (e do ágio) para aquisição da participação na Medley, preço este incorrido por sociedades brasileiras (Recorrente e SACP) para adquirir investimento em outra sociedade brasileira (a Medley);

(iii) O fundamento econômico do ágio pago – a expectativa de rentabilidade futura da Recorrente – pelas sociedades brasileiras (Recorrente e SACP) estava embasado em Laudo de Avaliação preparado pela empresa especializada Deloitte;

(iv) O valor da contraprestação incorrida pela adquirente, e o valor do ágio reconhecido, bem como sua forma de amortização, nem sequer foram questionados pela Fiscalização (com exceção feita ao ágio reconhecido na subscrição de ações, que será examinado posteriormente); e

(v) A aquisição foi seguida da cisão da sociedade adquirida (Medley) com a versão do acervo líquido cindido (ativos e passivos comerciais da Medley) para o patrimônio da adquirente SACP e a incorporação da SAIP (a Recorrente) pela Medley, de forma que o ágio pago e o seu fundamento econômico foram consolidados na MCL (nova denominação da SACP) e na MIF (nova denominação da SAIP).

Em seguida, passa discorrer sobre pontos específicos, em especial:

(i) sobre a alegação de utilização de "empresa-veículo", sustenta que:

(i).1 - Mesmo que pudesse ser caracterizada como tal, o que admite apenas para argumentar, essa caracterização não teria o condão de invalidar a estrutura de aquisição nem seus efeitos fiscais. Isso porque o argumento de desconsideração da transação pelo uso de empresa veículo significa que um não residente que pretenda adquirir participação no Brasil não está autorizado ao benefício de amortização fiscal do ágio, procedimento este

discriminatório que viola frontalmente o disposto na Constituição no que diz respeito aos princípios gerais da atividade econômica e a não discriminação do capital estrangeiro. Ademais, a transação com utilização de sociedade holding é absolutamente legítima, uma vez que uma sociedade holding não é constituída para ter empregados ou quaisquer outros ativos além de unicamente participações societárias, afirmando ainda que "*a existência de uma sociedade holding pura independe da existência de empregados, ou da geração de despesas ou receitas próprias*". Analisa julgados do CARF para concluir que este tribunal admite a amortização fiscal de ágio na hipótese em que uma holding pura é incorporada pela sociedade operacional, sendo que "*Só se poderia falar de ilícito na utilização de "empresa veículo" se essa utilização resultar no aparecimento de novo ágio ou de ágio maior do que aquele que seria reconhecido sem a sua utilização.*"

(i).2 - A utilização da Recorrente como adquirente do investimento estava revestida de efetivos propósitos negociais que ultrapassam a mera economia tributária da operação. Isso porque a) o propósito negocial primordial da operação foi a aquisição de novo e relevante investimento pela Sanofi no Brasil, ou seja, a causa jurídica da operação foi a aquisição do controle societário da Medley; b) a Recorrente foi constituída com o objetivo específico de ser a entidade que centraliza as atividades industriais da linha de negócios "Medley".

(ii) a validade do laudo de avaliação: o preço de aquisição pago para compra das ações da Medley estava amparado em estudo interno elaborado pelo Grupo Sanofi (Doc. 7 da Impugnação), posteriormente validado pelo laudo de avaliação elaborado pela Deloitte (Doc. 8 da Impugnação) - este último está datado de 30.6.2009, pouco mais de 30 após a efetiva data de aquisição (27.4.2009). A legislação fiscal não exige qualquer forma ou metodologia de cálculo específica para esse estudo.

(iii) quanto ao valor do ágio:

(iii.1) com relação à mais-valia de ativos: a) a legislação prevê expressamente que se o bem que deu causa à mais-valia de ativos não for transferido por ocasião da cisão, este ágio deverá ser registrado em conta de ativo diferido e amortizado da mesma forma que o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura (art. 7º, § 2º, "a" da Lei 9.532/1997); e b) ainda que se considere que o ágio fundamentado na mais-valia de ativos foi transferido para a Recorrente, não houve a sua dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL (isso porque no caso o ágio foi amortizado em 10 anos, portanto a parcela que a fiscalização atribuiu à mais-valia de ativos não resultou em amortização de ágio maior do que a prevista na legislação, que é de 1/60 ao mês); assim, caso se entenda que a Recorrente deveria ter alocado uma parcela do ágio à mais-valia dos seus ativos, este montante deve reduzir o saldo do ágio à ser amortizado a título de expectativa de rentabilidade futura e não o valor do ágio já amortizado em montante menor ao mínimo estabelecido pela legislação.

(iii.2) com relação à parcela relativa à subscrição de ações: a) a subscrição de ações é uma forma de aquisição passível de gerar valores de ágio a serem amortizados, conforme reconhecido inclusive pela CSRF no acórdão 9101-001.657, Rel. Cons. Susy Gomes Hoffmann; sessão de 15.5.2013; b) a operação deve ser analisada em conjunto com a aquisição secundária de participação societária (compra das ações detidas pela Lotpar), de maneira que cálculo do ágio sempre deve ser efetuado a partir da diferença entre o custo de aquisição (valor da subscrição de ações + valor do caixa incorrido em benefício da Lotpar) e o valor de

patrimônio líquido adquirido na data da aquisição (com o cômputo do aumento do patrimônio líquido decorrente da subscrição de ações).

(iii.3) sobre o patrimônio líquido negativo: defende que deve ser reconhecido o direito ao reconhecimento e amortização do ágio sobre a parcela do patrimônio líquido negativo da Medley, com base nos princípios contábeis vigentes e em especial no Ofício CVM 01/06. *Ad argumentandum*, sustenta se a transação de compra das ações da Lotpar deve ser examinada de forma isolada (sem o cômputo dos impactos decorrentes do aumento de capital e sem o reconhecimento de ágio sobre o patrimônio líquido negativo), o valor do ágio deve corresponder a 100% do preço de aquisição pago, como se o patrimônio líquido da Medley fosse zerado que o ágio deve corresponder à contraprestação integral incorrida pela Recorrente.

Despesas com publicidade e propaganda

(i) a Recorrente sustenta, inicialmente, a nulidade do auto de infração em razão da ausência de clareza na descrição dos fatos e de uma imputação clara das despesas glosadas, já que o termo de verificação fiscal limita-se a juntar uma simples tabela com a indicação do total dos valores que não foram comprovados por período, sem especificar as linhas de despesa específicas que supostamente carecem de suporte documental.

(ii) os pagamentos são efetuados a terceiros não relacionados - farmácias e drogas - com o objetivo de maximizar as vendas da entidade e evitar a perda de mercado, sendo absolutamente necessários para as atividades da Recorrente. Ressalta que não é possível saber quais documentos específicos devem ser apresentados para comprovar as despesas cuja documentação foi considerada insuficiente pela fiscalização, já que esta se limitou a indicar o montante global sem comprovação.

Sustenta que apresentou documentos que demonstram a legitimidade de dedução de despesas no valor total de R\$ 25.641.623,39 (doc. 11 da impugnação), e que do total de valores glosados pela fiscalização (R\$ 8.245.139,40), os documentos juntados comprovam a efetividade de despesas no valor de R\$ 100.000,00 (diferença entre o valor dos comprovantes juntados à impugnação e o valor total que foi considerado como "comprovado" pela fiscalização). Não obstante, a DRJ limitou-se a apontar supostas inconsistências pontuais, sem examinar detidamente os comprovantes juntados aos autos.

Quanto à diferença de R\$ 5.850.369,38, a Recorrente esclarece que a despesa incorrida pela MIF diz respeito a adiantamentos efetuados em benefício de determinados pontos de venda, que foram amortizados ao longo dos meses do primeiro semestre em observância do regime de competência. Trata-se, a seu ver, de efetiva despesa incorrida em benefício de terceiros não relacionados.

Protesta pela posterior juntada de documentos relacionados às despesas glosadas.

Multas aplicadas

A Recorrente se ancora no princípio da proporcionalidade e em julgado do Supremo Tribunal Federal para defender a limitação da penalidade a 100% do valor do imposto exigido.

Sustenta, ainda, a inaplicabilidade da multa qualificada em razão da ausência de evidente intuito de fraude, eis que se tratou de "*simples aquisição de empresa entre partes independentes, feita a valor justo de mercado, sendo que o fato de a Medley ter sido adquirida pela Recorrente foi também motivado por razões empresariais verdadeiras e não tributárias*".

Ad argumentandum, sustenta que mesmo na ocorrência de simulação, não caberia a aplicação de multa qualificada, citando julgados do CARF neste sentido. Assim, *"no pior cenário, o presente caso deveria ser tratado como um mero conflito entre interpretações dadas pela D. Fiscalização e pela Recorrente a um mesmo conjunto fático, de forma que a multa qualificada aplicada pela D. Fiscalização deve ser integralmente cancelada, ou, no mínimo, reduzida para 75%, dadas as disposições contidas do artigo 112, incisos I e II do CTN"*.

Alega que, analisando-se a jurisprudência do CARF sobre amortização de ágio, quando muito se poderia falar em "erro de proibição", pois, se é que havia qualquer ilicitude nas operações examinadas, o que se admite para argumentar, não havia ao menos conhecimento por parte da Recorrente acerca dessa suposta ilicitude do negócio. Sustenta ainda sua interpretação de que o artigo 76, II, alínea "a" da Lei 4.502/64 veda a aplicação de penalidades enquanto houver interpretação jurisprudencial administrativa irrecorrível dando determinada interpretação a uma situação jurídica, mesmo que o interessado não tenha sido parte no caso.

Defende a manutenção da decisão recorrida quanto à improcedência da majoração da multa agravada em razão de suposto embaraço à fiscalização, já que todos os prazos estabelecidos foram cumpridos e absolutamente todas as informações solicitadas foram prestadas, tanto é que a fiscalização lavrou o auto de infração com a descrição minuciosa dos fatos que ensejaram a suposta irregularidade fiscal. A aplicação da penalidade prevista no § 2º do Artigo 44 da Lei 9.430/1996 somente é admitida na hipótese específica em que o sujeito passivo não atende intimação para prestar esclarecimentos no prazo marcado, o que não ocorreu. Ressalta que não tinha a obrigação de guarda dos 3 documentos exigidos no procedimento de fiscalização e que ensejaram a majoração da multa, bem como que eles dizem respeito a operação de natureza estritamente comercial e privada, que não repercutem na apuração da base de cálculo de tributos.

Sustenta, ainda, a impossibilidade de aplicação de multa isolada de 50% por falta de antecipação das estimativas mensais, eis que esta não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício em razão do princípio da consunção.

Juros de mora

Sustenta a improcedência dos juros de mora sobre as multas de ofício.

Contrarrazões da PFN

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, alegando, em síntese:

Despesas com amortização de ágio:

(i) a Sanofi 10 (e, antes, Sanofi 13) foi usada como mera "extensão de caixa" de sua controladora (Sanofi-França), sendo que foi esta quem na verdade promoveu e custeou toda a operação.

Tece um histórico da legislação para concluir que uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva uma interposta pessoa como investidor (empresa veículo) não

permite a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99, alegando que o ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração do lucro real.

Nesse ponto, ressalta que no presente processo administrativo foi a parte operacional industrial da Medley que incorporou a “casca vazia” Sanofi Ind 10, "*sendo certo que foi constituída empresa veículo, sem propósito negocial outro que não servir de passagem do dinheiro da SANOFI-FRANÇA para os alienantes da MEDLEY*".

Defende que a constituição e capitalização das empresas veículo Sanofi decorre de uma suposta crença da contribuinte no direito subjetivo absoluto de “criar”, mesmo que artificialmente, as condições para a amortização do ágio pago com fundamento na expectativa de rentabilidade. Assim, sustenta que não existe um “direito de utilizar o benefício fiscal do ágio na aquisição de empresas”, eis que o pagamento do ágio não dá ao contribuinte direito algum referente à amortização. O que confere o direito de deduzir a despesa de amortização, é a absorção, pelo adquirente, do patrimônio adquirido, ou seja, a legislação determina um certo efeito tributário, benéfico ao contribuinte, cabível se e quando vier a ocorrer a união de patrimônios, o que não ocorreu no caso. Assim, conclui que a união de patrimônios é causa, pressuposto da amortização fiscal do ágio, e não o objetivo dela, como supõe a tese recursal.

Após novamente discorrer sobre o contexto histórico da Lei 9.532/1997, conclui que "não era intenção do legislador estimular que grupos econômicos promovessem uma “desorganização societária”, mediante a criação e utilização de empresas veículos e sem propósito negocial (como as Sanofi 10), apenas para “forçar” uma posterior “reorganização societária” com a incorporação dessas supostas investidoras *ad hoc*, a fim de incidir artificialmente na hipótese inicialmente pensada pelo legislador".

(ii) Quanto ao à parcela do ágio paga no aumento de capital, sustenta que um segundo fundamento para a glosa, que se soma ao já disposto no item (i) acima, é o de que este configura ágio interno, pago pelo grupo adquirente em seu próprio benefício, eis que o aumento de capital só foi efetivado após o pagamento da aquisição e após a renúncia dos antigos dirigentes. Quanto a esta parcela, não há aquisição de investimento nem preço de aquisição, mas apenas aumento de capital social pelas próprias sócias para permitir que a empresa prossiga com suas atividades.

(iii) levanta, ainda, outras razões para a glosa do ágio: a) questiona o demonstrativo em razão de sua data (o laudo é de junho de 2009 e o preço de aquisição foi acordado em abril), de seu conteúdo (o laudo leva em conta o valor do patrimônio líquido já aumentado, bem como abrange ativos subavaliados, eis que R\$ 35 milhões do ágio pago referia-se ao valor atualizado de ativos e não à expectativa de resultados futuros).

(iv) quanto à decadência, sustenta sua inoccorrência, eis que para a contagem do prazo deve-se ter em mira o fato gerador da obrigação tributária.

(v) sustenta ainda a manutenção da multa de ofício, reiterando os fundamentos da decisão recorrida.

Despesas com publicidade:

(i) a PFN sustenta que a simples reprodução do acórdão recorrido não deixa dúvidas sobre a clareza e do acerto do procedimento fiscal, durante o qual o contribuinte foi instado reiteradas vezes ao longo de mais de um ano para comprovar as despesas questionadas.

(ii) quanto à parcela compensada, a PFN alega que os documentos juntados à impugnação (telas do sistema SAP e cópias do livro diário) não são documentos suficientes a comprovar tal fato. Afirma que apenas em sede de recurso voluntário a Recorrente apresentou documentos que entende comprovar o alegado, porém tais documentos não devem ser admitidos em função do art. 16 §4º do decreto 70.235/1972, eis que a Recorrente sequer alega (menos ainda justifica) a ocorrência de qualquer das situações excepcionais mencionadas no §5º de tal artigo. Tampouco cabe, nesta juntada intempestiva de documentos, fazê-lo por “amostragem” como pretendeu a Recorrente. De qualquer forma, na remota hipótese de serem aceitos os documentos referentes à compensação alegada, deve o processo ser baixado em diligência para que sobre eles a fiscalização se manifeste.

(iii) quanto à outra parte das despesas de publicidade glosadas, trata-se de meras alegações, desacompanhadas de provas que as suportem.

Multas

Sustenta a manutenção da multa isolada em conjunto com a multa de ofício eis que estas não decorrem da mesma infração e não incidem sobre a mesma base de cálculo, tendo a Recorrente cometido dois atos ilícitos.

Juros

Sustenta a incidência de juros sobre a multa de ofício.

Parecer técnico

Em 24 de novembro de 2016 a Recorrente apresentou petição e parecer técnico discorrendo sobre se a apuração do ágio na aquisição do controle dessa empresa pela Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda. (SACP) e subsequente aumento de capital, e seus correspondentes registros contábeis na adquirente, são do ponto de vista contábil os tecnicamente adequados, bem como sobre a natureza econômica do ágio apurado nessas operações (tal parecer ressalta que "*Embora a transação completa de aquisição da Medley tenha sido feita por duas empresas do Grupo Sanofi-Aventis, a natureza das transações foi exatamente a mesma, e no mesmo dia. Dessa forma, comentamos neste Parecer somente a mais relevante das duas, a aquisição de 90% da Medley pela Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda.*").

Saneamento

Em 15 de fevereiro de 2017 esta Relatora baixou o feito em diligência por não ter havido não houve a menção ao "recurso de ofício" (reexame necessário) quanto à parte exonerada, correspondente à parte agravada da multa de ofício aplicada (despacho de fls. 2.757-2.759), questão sanada por meio do Despacho n. 45 da DRJ em Ribeirão Preto (fls. 2.764), do qual a Recorrente teve ciência em 11 de abril de 2017 (fl. 2.774).

Os autos então retornaram a esta Relatora em 26 de julho de 2017.

Voto

Conselheira Relatora Livia De Carli Germano

Recurso de Ofício

A autuação pretende a cobrança de multa agravada por não apresentação de documentos exigidos no procedimento de fiscalização (no caso, o Relatório de Due Diligence, as Demonstrações Financeiras Auditadas de Fechamento e o chamado Relatório da PWC), exigência esta julgada improcedente pela decisão recorrida. A fiscalização entendia que tais documentos eram relevantes para a compreensão da operação, no entanto a empresa declarou à fiscalização que "*as referidas informações não constituem documentos de guarda obrigatória nos termos da legislação vigente, uma vez que são materiais de cunho estritamente negocial.*"

Nesse ponto entendo que andou bem a decisão recorrida ao afastar a aplicação da penalidade em questão.

O agravamento da multa somente é admitido na hipótese específica em que o sujeito passivo não atende intimação para prestar esclarecimentos no prazo marcado, o que não foi o caso, já que os prazos estabelecidos foram cumpridos e as informações solicitadas foram prestadas, tanto é que o auto de infração lavrado traz descrição minuciosa dos fatos que ensejaram a imputada irregularidade fiscal.

O simples fato de não apresentar determinados documentos requeridos pela fiscalização (alguns de natureza essencialmente negocial e apenas secundariamente contábil), não é capaz de ensejar o agravamento da multa quando a fiscalização é suficientemente atendida e recebe as informações obrigatórias solicitadas.

Assim, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

Recurso Voluntário

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos para a sua admissibilidade, portanto dele conheço.

Despesas com amortização de ágio

Inicialmente, observo que não acolho o argumento da Recorrente de que o prazo para as autoridades fiscais questionarem as operações deve ser contado a partir do registro contábil do ágio pela adquirente, de maneira que, tendo este ocorrido em 2009, a decadência teria se operado em 31.12.2014, portanto antes do lançamento em 12.01.2015.

Isso porque o registro contábil do ágio não é fato gerador de tributo nem há, aí, lançamento. Ora, sendo o prazo decadencial aquele após o qual o fisco perde o direito de constituir o crédito tributário, e sendo tal constituição possível apenas quando ocorre o fato gerador, fica fácil perceber que não há que se falar em início de contagem do prazo decadencial pelo mero registro contábil de uma potencial despesa.

Assim se pronunciou a Câmara Superior de Recursos Fiscais a respeito dos prejuízos fiscais, cujo paralelo pode ser traçado com o ágio:

ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL

O prazo decadencial para a lavratura de auto de infração para a glosa de despesas de amortização de ágio tem início com a efetiva dedução de tais despesas pelo contribuinte. Não ocorrência de decadência no caso concreto. (acórdão 9101-002.387, julgado em 13/07/2016)

Superada a questão da decadência, passo à análise das demais razões de mérito.

Conforme relatado, um dos questionamentos acerca da amortização do ágio tem por base a conclusão da autoridade autuante de que a aquisição foi realizada pela controladora francesa, a qual se utilizou de "empresa-veículo" para se aproveitar deste "benefício fiscal".

Antes de passar à análise específica do caso, convém contextualizar o tema.

Conforme já expus em declaração de voto (acórdão CSRF 9101-002.188, sessão de 19.01.2016), é comum a menção de que a possibilidade de amortizar o ágio pago na aquisição de uma sociedade foi criada pela Lei 9.532/1997 e introduzida no contexto das privatizações no intuito de promover a valorização das empresas que eram objeto de tal processo. Isso porque, neste contexto, tal "benefício" seria levado em consideração pelos compradores na formação do preço, permitindo que apresentassem um lance maior pelas empresas a serem privatizadas.

Todavia, a exposição de motivos da Medida Provisória 1.602/1997, convertida na Lei 9.532/1997 (e que por sua vez é a base legal do art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, aprovado pelo Decreto 3.000/1999), traz um contexto um pouco diferente.

Conforme se depreende do trecho abaixo, as novas exigências trazidas pela norma -- em especial de que o ágio tivesse por fundamento a rentabilidade futura da investida, bem como do prazo para a amortização fiscal, contado a partir da liquidação do investimento -- tiveram por escopo exatamente evitar "planejamentos tributários", os quais consistiam, basicamente, na aquisição de empresa deficitária por valor acima de seu patrimônio líquido, imediatamente seguida de incorporação.

Isso porque, antes da Lei 9.532/1997, tal medida acarretava o reconhecimento da totalidade do ágio como perda, passível de amortização integral imediata, independentemente da fundamentação do ágio. Veja-se:

"11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método de equivalência patrimonial. Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos 'planejamentos tributários', vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária. Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo." (Grifos nossos; vale notar que na conversão em lei o art. 8º acabou sendo reproduzido como art. 7º da Lei 9.532/97)

Neste sentido, podemos citar como exemplo do "planejamento tributário" acima referido, o seguinte caso:

Ementa: “*IRPJ/CS – INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE – AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – DEDUTIBILIDADE – Na incorporação de sociedade, com acervo líquido da sociedade incorporada avaliado a valor de mercado, o ágio anteriormente registrado pela controladora e baixado em razão da liquidação do investimento é dedutível na apuração do lucro real e na determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro.*” (Processo 10980.006561197-68, Acórdão 107-05875, de 22/02/2000).

Merecem destaque os seguintes trechos do voto vencedor do acórdão cuja ementa se transcreveu acima:

“Obviamente que não se pode olvidar que as operações praticadas pela recorrente redundaram na absorção do ágio que anteriormente se formara, reduzindo o seu lucro tributável. Mas, ao tempo em que tais operações se realizaram, além das regras insertas no citado art. 380 do RIR/94, não havia nenhuma outra vigente, o que em negócios do gênero (aquisições de sociedades seguidas de sua absorção) abria espaços para a estruturação de operações que, desde logo, permitiam a dedutibilidade do ágio pago.

O legislador, ciente de que a reboque de tais negócios realizavam-se operações de planejamento tributário, por intermédio da Lei 9532/97 veio a disciplinar a figura do ágio, estabelecendo o tratamento tributário de conformidade com a sua natureza.

Portanto, considerando que a dedução do ágio que motivou o presente lançamento se verificou em momento anterior ao de vigência da referida lei, tendo as operações estruturadas se pautado pelas regras impostas na legislação societária e em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, não havendo, por parte da autoridade que presidiu o ato de lançamento, nenhuma acusação quanto a eventual ilicitude ou simulação dos atos praticados, realmente não vejo como se manter o lançamento. (...) o que se via no momento da realização das operações em questão era um absoluto vazio legislativo, que propiciava em operações da espécie a dedutibilidade imediata e integral do ágio, tanto que o legislador, talvez até tardiamente, tratou de adequadamente regulá-las.” (grifamos)

Assim, apesar do viés político que é atribuído a sua introdução na legislação, há que se salientar que a amortização do ágio pago na aquisição de sociedade brasileira tem lógica na própria sistemática de tributação do IRPJ e da CSLL, e existia muito antes da Lei 9.532/1997, a qual veio tão somente impor critérios objetivos para tal fruição -- vale repetir: a fundamentação da mais valia na rentabilidade futura da investida, bem como do prazo para a amortização fiscal, contado a partir da liquidação do investimento.

A legislação tributária estabelece que o ágio pago em razão da rentabilidade futura da sociedade adquirida pode ser amortizado e deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL após a alienação ou a liquidação do investimento.

Tais condições não são aleatórias. Na verdade, tanto a alienação do investimento quanto a sua liquidação são eventos que dão margem ao reconhecimento de um ganho ou uma perda, correspondentes à diferença entre o valor pago na aquisição da participação societária ("custo") e o valor pelo qual esta é alienada ou liquidada (respectivamente, valor de venda ou valor de patrimônio líquido). A ocorrência de tais eventos, nos termos do Decreto-Lei 1.598/1977 (em especial, arts. 25, 33 e 34), acarretava a tributação do ganho (quando realizado), assim como permitia considerar a perda uma despesa dedutível.

Como visto, antes da edição da Lei 9.532/1997, para fins tributários o ágio era integralmente amortizado no momento em que houvesse a incorporação, e era assim **não** porque nesse momento a despesa com o ágio seria confrontada com a receita que lhe deu origem, ou porque neste momento ocorreria a "confusão patrimonial" entre investidora e investida, mas tão somente porque, a partir de então, aquele investimento necessariamente seria baixado, originando uma perda.

Em resumo, longe de criar uma "benefício fiscal" -- visto que a amortização já era prevista na legislação, e em condições muito mais amplas --, o que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (reproduzidos no art. 386 do RIR/99) trouxeram foram as condições objetivas para a amortização fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Condições que, conforme indica a própria exposição de motivos da norma, foram estabelecidas buscando-se evitar os "planejamentos tributários" praticados com respaldo na anterior lacuna legislativa.

Observe-se que, para a CSLL, tais condições estavam reproduzidas no artigo 75 da Instrução Normativa SRF 390/2004.

Assim, uma vez que tais condições tenham sido observadas, **a princípio** a amortização fiscal do ágio há de ser admitida para fins de IRPJ e CSLL.

Dizemos a princípio porque, como se sabe, as autoridades fiscais estão autorizadas a efetuar e rever de ofício o lançamento tributário nas hipóteses do artigo 149 do CTN, inclusive quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com **dolo, fraude ou simulação** (inciso VII).

No caso em questão, o que se observa é que, em 14/03/2009, a Sanofi 13 adquire a Kolgua Participações Ltda., CNPJ 10.496.038/0001-50, constituída em 19/01/2009 com capital social de R\$1.000,00, não integralizado. A partir de então, passou a ter o mesmo endereço e administradores de sua adquirente Sanofi 13, passando a se chamar Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda., ou SAIP.

Menos de um mês depois, em 7/04/2009, este CNPJ constou como adquirente de 10% da participação societária da Medley. Não obstante em tal contrato tenham figurado como adquirentes a SACP e a SAIP, o Contrato de Compra e Venda de Ações estabelece que eventuais notificações a ele relativas devem ser entregues à própria Sanofi 13. Tal contrato também declara que *“a compradora tem (e terá na Data de Fechamento) fundos e ativos suficientes para cumprir com suas obrigações financeiras nos termos deste Contrato”*, todavia, conforme observou o TVF, esta afirmação só era real quanto ao fato de que a compradora viria a ter na Data de Fechamento fundos suficientes, porque na data em que o contrato foi firmado a

SAIP não possuía qualquer ativo e sequer seu capital social inicial de R\$ 1.000,00 havia sido integralizado.

Foi apenas na Data de Fechamento (27/04/2009) que a SAIP recebeu os recursos necessários à aquisição da Medley, sob a forma de aumento de capital, no valor constante do contrato de Compra e Venda de Ações, sendo os recursos no mesmo dia pagos aos vendedores (conforme razão contábil de fl. 521 e extrato bancário de fl. 517).

Assim, o que se percebe é que, no momento da aquisição (que é o momento da geração do ágio), a "holding" adquirente (SAIP) era apenas um CNPJ (10.496.038/0001-50), existente no âmbito formal, mas materialmente vazia.

Em janeiro de 2010, menos de um ano antes de sua constituição, o CNPJ 10.496.038/0001-50 (SAIP) é então extinto por incorporação no que restou (10%) da Medley após a sua cisão.

Ora, mesmo uma *holding* requer um mínimo de elementos materiais que a caracterizem como sociedade empresária, para além de um registro na Junta Comercial e um número no CNPJ.

Não se nega que uma companhia possa ter por objeto exclusivamente participar de outras sociedades -- até porque a própria Lei das S.A. (Lei 6.404/1976) prevê tal possibilidade em seu artigo 2º, § 3º, observando, ademais, que tal participação pode ocorrer ainda que não prevista no estatuto, seja como meio de realizar o objeto social seja para beneficiar-se de incentivos fiscais(*).

() Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. (...)*

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Ocorre que qualquer sociedade, mesmo uma holding "pura", não prescinde de um conteúdo material mínimo -- não se exige, por óbvio, atividades operacionais, nem necessariamente a contratação de empregados, mas toda empresa tem um endereço sede, alguém que lhe prepare a contabilidade, alguém que assine por ela e lhe "presente" perante terceiros (Pontes de Miranda), custos com registros de seus atos societários, e tudo isso envolve um mínimo de despesas que, se não são arcadas diretamente por ela, são pagas por alguém em nome dela, e de um modo ou de outro devem, pelo menos, constar de seus registros patrimoniais e contábeis. A ausência de qualquer tipo de despesa, aliada à inexistência de quaisquer outros bens ou direitos que não a participação societária que se adquiriu com ágio, enfraquece muito o cenário que se pretende defender, que é de efetiva existência da pessoa jurídica.

Note que, quando dizemos "efetiva existência da pessoa jurídica" estamos nos referindo à existência da pessoa jurídica como "sociedade" ou "empresa", e não como um mero registro formal.

O contrato de sociedade é assim conceituado pelo artigo 981 do Código Civil (Lei 10.406/2002):

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Como se sabe, o Direito Brasileiro atual simpatiza com a teoria dos perfis da empresa de Asquini, a qual trata a empresa como "*fenômeno poliédrico que assume, sob o aspecto jurídico, em relação ao diferentes elementos nele concorrentes, não um mas diversos perfis: subjetivo, como empresário; funcional, como atividade; objetivo, como patrimônio; corporativo, como instituição*" (Exposição de Motivos Complementar apresentada pelo Prof. Sylvio Marcondes - responsável pela elaboração do Livro II — "Direito da Empresa" no anteprojeto do Código Civil/2002).

Assim, só há que se falar em "sociedade" ou "empresa" na presença de "*atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens*" (BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1995, p.100).

No Direito Tributário isso fica claro em diversas passagens. A noção jurídica de empresa está disposta, por exemplo, no caput do art. 132 do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre a responsabilidade da pessoa jurídica que resulta da fusão, transformação ou incorporação, pelos tributos devidos pelos antecessores. Segundo este dispositivo, existe uma figura jurídica associada a uma empresa mas, caso tal figura jurídica desapareça, o desaparecimento não causa a "morte" da empresa, que continua como entidade autônoma, com vida jurídica própria, respondendo por atos pretéritos.

Ressalte-se que o acima é apenas um exemplo ilustrativo mas, no caso em questão, nem era preciso ir tão longe.

No caso, e em resumo, considerando a existência meramente formal da *holding* SAIP no momento da geração do ágio, a conclusão a que se chega é de que não houve a necessária liquidação do investimento e que, portanto, está ausente um dos requisitos legais para a dedução das despesas com amortização de ágio.

Registre-se que **não se está aqui a discorrer sobre os conceitos de propósito negocial e substância econômica**, até porque estes carecem de fundamento legal, tornando-se deveras subjetivos e abrangentes. **Nem se pretende investigar, na operação, a existência de razões econômicas que vão além da obtenção de vantagem fiscal (ou seja, não se adentra a questionamentos sobre a "necessidade" da operação), já que tal requisito, assim considerado, também inexistente em nosso ordenamento.**

De fato, temos presenciado com preocupante frequência a utilização, pelas autoridades fiscais, da suposta "teoria do propósito negocial" por meio do qual se defende que a simples ausência - sob a ótica do fisco - de outros motivos para a operação que não o alcance do benefício fiscal já seria elemento suficiente para invalidar as operações ou, ao menos, as vantagens fiscais daí resultantes.

Tal racional, além de carecer de suporte jurídico, guarda certa contradição com diversas regras e estruturas criadas há muito tempo pelo legislador pátrio, por meio das quais são oferecidas vantagens fiscais a contribuintes que cumpram determinados requisitos expressos na legislação.

Daí é que o que se vê, frequentemente, é a criação de requisitos adicionais àqueles previstos na legislação, sem qualquer amparo jurídico, e fundado exclusivamente em

uma premissa -- falsa, e quase preconceituosa -- de que uma operação que vise exclusivamente a atingir vantagem fiscal legalmente prevista "não vale para fins fiscais".

Dizemos que não é preciso ir tão longe já que a questão é bem mais simples: se uma operação é realizada por uma sociedade empresária, o mínimo que se espera é que esta exista. Em outras palavras, não se pode admitir como existentes sociedades - nem mesmo *holdings* - constituídas apenas no papel, sem qualquer substrato material mínimo, eis que, em tais casos, **não existe de fato a empresa** -- i.e., esta não passa de uma simulação, de um nada jurídico.

Vamos a um exemplo um pouco mais extremo, apenas no intuito de ilustrar o que se diz acima: nossa legislação garante determinadas reduções de tributos a contribuintes que se estabeleçam na Zona Franca de Manaus. Pois bem. Quando as autoridades fiscais investigam os contribuintes que se beneficiam de tais incentivos, não questionam qual foi o motivo extra-tributário que levou à decisão de se estabelecer em tal área. Pelo contrário, muitas vezes tais contribuintes realmente não têm outra justificativa, eis que se distanciam de seu mercado consumidor e não raro não encontram lá uma melhor infraestrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada. O objetivo é, portanto, o gozo do incentivo fiscal, e isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação independentemente do "propósito comercial" da decisão de se estabelecer na Zona Franca de Manaus.

Mas o que se espera de tais pessoas jurídicas? Que elas realmente se estabeleçam na região da Zona Franca de Manaus e lá produzam seus produtos. Assim, uma pessoa jurídica que o faça apenas formalmente, "no papel", não terá direito ao gozo dos benefícios -- não porque a operação não tenha "propósito comercial", mas simplesmente porque a pessoa jurídica não existe como "sociedade empresária", ou seja, por não haver "empresa" naquele local.

O mesmo se pode dizer da amortização fiscal do ágio. **A legislação traz requisitos para que o valor do ágio seja deduzido como despesa que, uma vez presentes, devem necessariamente levar ao resultado pretendido, independentemente dos "motivos não fiscais" que levaram à aquisição do investimento ou à incorporação. Mas isso desde que a pessoa jurídica que se diz adquirente e incorporadora/incorporada exista como "sociedade empresária"**, do contrário o negócio não passará de uma simulação.

Daí porque alguns - talvez de maneira não técnica - qualificam este tipo de negócio como "abusivo". Tal "abuso" é a qualificação que estes dão à utilização de um instituto jurídico (no caso, o da pessoa jurídica) sem se atingir seu fim próprio -- fim este que outros chamam de "causa" (e que, no caso de sociedade empresária, é o exercício de atividade econômica e a partilha dos resultados entre os sócios/acionistas).

É necessário deixar claro, também, que a desconsideração da transação pela inexistência de fato da *holding* não significa, de forma alguma, tratamento discriminatório em face de não residentes. É que o registro e amortização do ágio, por ser um instituto previsto na legislação brasileira, depende de que a sociedade adquirente seja aqui constituída. Não obstante, um não residente pode sim constituir uma *holding* no Brasil para então adquirir uma participação societária em empresa brasileira e, assim, proceder à incorporação das empresas e à consequente amortização fiscal do ágio eventualmente gerado. Isso desde que efetivamente tal *holding* exista materialmente, e não seja apenas um CNPJ e um registro na Junta Comercial.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário com relação às despesas com amortização de ágio.

Multa qualificada

O Termo de Verificação Fiscal qualifica a operação como fraudulenta, citando o artigo 72 da Lei 4.502/1964, observando, ainda: "*Toda a reestruturação societária promovida teve o objetivo de gerar despesas de amortização de ágio. Para isso, foram realizadas diversas operações que, analisadas isoladamente, não violavam nenhuma norma legal. Porém, o resultado da reorganização proporcionou ao sujeito passivo os melhores efeitos tributários que não seriam possíveis legalmente.*" (...) "*Assim, através de um processo de reorganização societária, com várias etapas artificiais, apesar de formalmente legais quando vistas isoladamente, procurou-se esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que essa redução era ilegal. Admitir essa situação como válida seria admitir que a lei permite a sua própria burla.*" (grifamos)

Quanto à qualificação da multa, há uma diferença importante a ser considerada. É que um processo de reorganização societária com "*etapas artificiais, apesar de formalmente legais*" não se qualifica como fraude, mas simulação.

Explico. O caso em questão não envolve a prática de conduta expressamente vedada pelo ordenamento (i.e., ilícito), mas conflito entre interpretações conferidas a um mesmo fato -- isto é: para a contribuinte, a constituição de uma pessoa jurídica no âmbito meramente formal é suficiente para permitir a produção dos respectivos efeitos tributários e, para a autoridade autuante, tal negócio é artificial.

Conforme já expus em voto no acórdão CSRF 9101-002.189, sessão de 21.01.2016, a simulação autoriza, tão somente, a revisão de ofício do lançamento, nos termos do artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

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

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

Como ensina BRANDÃO MACHADO, na noção de dolo se insere a idéia de contrariedade ao direito, ou seja, da prática de um ilícito ("Um caso de elusão de imposto de renda". In: Direito Tributário Atual, vol. 9, São Paulo: Resenha Tributária, 1989, p. 2209). Da mesma forma, MARCO AURÉLIO GRECO observa:

"Outra observação a ser feita é a de que a incidência do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca de intuito fraudulento. (...)

Se não houve intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido — que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável — não se trata de caso regulado pelo inciso II do artigo 44, mas sim de divergência de qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude a que se refere o dispositivo.

A multa agravada só tem cabimento se o elemento subjetivo do tipo for a fraude no sentido de enganar, esconder, iludir, etc."

(Planejamento Tributário, São Paulo: Dialética, 2004, grifos nossos)

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

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

É neste sentido que os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 trazem as condutas típicas da sonegação, fraude e conluio, todas elas supondo a inequívoca constatação de dolo, elemento essencial do tipo.

No caso em questão, entretanto, não se verifica norma imperativa que tenha sido contrariada. Na verdade, o que vemos é a prática de condutas expressamente permitidas, tanto é que a própria fiscalização pauta a qualificação da multa na artificialidade das operações, afirmando textualmente que estas, por si sós, não violavam nenhuma norma legal.

Simular é diferente de sonegar. Repita-se: a acusação aqui é de simular a existência da SAIP e, por consequência, adotar todas as condutas como se essa sociedade efetivamente existisse, assinando contratos, enviando declarações fiscais e preenchendo livros contábeis. Todas essas atitudes são ínsitas à simulação -- de fato não se espera que alguém simule a existência de uma sociedade e entregue declarações fiscais como se ela não existisse, pois isso não seria simular.

Quem simula acredita na "situação simulada" e adota condutas condizentes com tal circunstância, mas isso não significa dizer que quem simula tem "dolo" -- no sentido de intenção de praticar um ilícito (dolo normativo). A intenção de quem simula é criar uma situação que na prática não existe e isso não é, no ordenamento jurídico brasileiro, um ilícito. De fato, não há norma que proíba simular uma situação nem norma que obrigue não simular, o que há são apenas consequências para o ato simulado, quais sejam: no âmbito civil, a nulidade do ato simulado nos termos do art. 167 do Código Civil, no âmbito tributário, a possibilidade de o fisco rever o lançamento nos termos do artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional.

Dizer que um ato será nulo ou que ele autorizará a revisão do lançamento de tributos é algo muito menor do que dizer que esse ato é ilícito.

Assim, no caso, não há a imputação da prática de qualquer ilícito, é dizer, não se verifica qualquer conduta contrária ao direito que possa levar ao agravamento da penalidade.

De fato, a depender da linha que se adote -- e não cabe aqui discorrer sobre todas possíveis acepções -- a simulação é, no máximo, um ilícito atípico, o qual, por tal natureza, não pode ensejar o agravamento da multa (GERMANO, Livia De Carli. Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2013, pgs. 83 e 127).

Em vista disso, entendo como não aplicável ao caso a hipótese de qualificação da multa de ofício para 150%.

Cumprido observar que não é caso de cancelamento integral da multa, como pretende a Recorrente, ao alegar o artigo 112, incisos I e II do CTN. Tal dispositivo determina:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:
I - à capitulação legal do fato;
II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; (...)

É que tal artigo é aplicável quando o julgador, na análise do caso concreto e diante das provas dos autos, resta em dúvida quanto à capitulação legal do fato ou quanto à sua natureza, suas circunstâncias materiais, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos. No caso, todavia, tal dúvida inexistente, eis que os fatos que levaram à autuação estão claramente delineados no Termo de Verificação Fiscal e respectivo auto de infração.

Dar a tal dispositivo o alcance pretendido pela Recorrente faria com que este tivesse o condão de excluir a penalidade sempre que houvesse um conflito de interpretação dos fatos entre as autoridades fiscais e os contribuintes. Definitivamente não é este o caso.

O CTN prevê a chamada interpretação benéfica quando houver dúvida em relação às circunstâncias fáticas de cada caso, mas não autoriza o benefício em função de entendimento jurídico diverso da pretensão do contribuinte. No caso dos autos, como já destacado, a matéria é exclusivamente de direito, sendo incontroversas a natureza, a autoria e a materialidade do que se discute neste processo.

Também entendo não assistir razão à Recorrente quando defende a aplicação ao caso do artigo 76, II, "a" da Lei 4.502/1964, que dispõe:

Art. 76. Não serão aplicadas penalidades:
(...)
II - enquanto prevalecer o entendimento - aos que tiverem agido ou pago o imposto:
a) de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado;

A Recorrente sequer menciona qual seria a decisão *irrecorrível* de última instância administrativa a que se refere.

Ademais, note-se que não há consenso nem mesmo se tal dispositivo se aplica a outros tributos, eis que inserido em norma que trata do Imposto sobre o Consumo, atualmente substituído, no âmbito federal, pelo Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Os que defendem tal aplicação se ancoram no fato de que a Lei 9.430/1996, ao fazer referência aos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/1964 para a definição de sonegação, fraude e conluio, teria

tido a intenção (não expressa) de restaurar todo o Capítulo desta norma referente às penalidades.

Entendo que a norma não foi tão longe, mas, mesmo que fosse o caso, o artigo 76, II, “a” da Lei 4.502/1964 teria sido derogado por norma posterior, no caso, o artigo 100 da Lei 5.172/1966 - o Código Tributário Nacional.

Isso porque, enquanto o artigo 76, II, “a” da Lei 4.502/1964 exclui a penalidade pela observância de decisão irrecurável de última instância administrativa, o artigo 100 do CTN, posterior, passou a excluir penalidades apenas no caso de observância de decisões administrativas a que a lei atribua eficácia normativa, veja-se (grifamos):

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Este entendimento está em linha com a jurisprudência mais recente da Câmara Superior de Recursos Fiscais (acórdãos 9101-002.225, 9101-002.226 e 9101-002.227, de 4 de fevereiro de 2016).

Diante do exposto, voto por acolher parcialmente o recurso voluntário para reduzir a penalidade aplicada à multa de ofício de 75%.

Multa isolada

A Recorrente sustenta, ainda, a impossibilidade de aplicação de multa isolada de 50% por falta de antecipação das estimativas mensais, eis que esta não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício em razão do princípio da consunção.

Ressalto que, sendo o caso de lançamento relativo aos anos calendário de 2010 a 2012, entendo não aplicável a Súmula CARF n. 105, uma vez que esta trata da redação da Lei 9.430/1996 na redação anterior à Lei 11.488/2007.

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

Sobre a matéria, tenho me filiado ao posicionamento de longa data adotado pelo Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, desta Turma.

Segundo este entendimento, a multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor; não obstante, pelo princípio da absorção ou consunção, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na exata medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo, já que esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.

É a máxima do direito punitivo que, para uma mesma conduta deve-se aplicar uma só punição.

A título ilustrativo reproduzo trecho do acórdão 1201-00.235, de 7 de abril de 2010, da lavra do ilustre Conselheiro:

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 delitativa, 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 a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, 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 regradada 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.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

Assim, consideramos imperioso verificar se houve, em relação aos fatos que ensejaram a autuação de multas isoladas, também a imposição de multa proporcional e em que medida.

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.

Assim, entendo 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.

Despesas com publicidade e propaganda

Quanto à glosa de despesas com "ações promocionais", conforme relatado, a fiscalização solicitou documentos comprobatórios de aproximadamente 50% do total das despesas em cada ano-calendário, e de diferentes beneficiários em cada período, conforme a relação constante do Termo de Intimação Fiscal nº 18. Após considerar todos os documentos apresentados pelo sujeito passivo em suas respostas, a fiscalização concluiu que o fiscalizado não conseguiu comprovar os seguintes montantes, conforme apurado nos Demonstrativos de Comprovantes por Beneficiário:

Período	Valor a Comprovar	Valor Comprovado	Valor sem Comprovação
2010	33.786.762,79	25.541.623,39	8.245.139,40

Diante disso, a diferença foi glosada.

A Recorrente alega nulidade em razão da ausência de clareza quanto às despesas que foram objeto da glosa. Todavia, a descrição da forma como ocorreu o procedimento fiscal deixa clara a improcedência de tal alegação. Neste sentido, é válido reproduzir o seguinte trecho da decisão recorrida, que adoto como fundamento e razão de decidir neste voto:

"... durante o procedimento fiscal, fora a contribuinte intimada através do Termo de Intimação Fiscal nº 4, de 17/12/2013, a apresentar a composição dos valores que compunham a linha nº 18 da DIPJ do ano-calendário 2010, destacando o beneficiário da despesa, CNPJ, valor pago, contrato e a conta contábil relativa ao respectivo lançamento.

11. Demonstrar a composição dos valores informados na ficha 05A, linha 18 – Propaganda e Publicidade da DIPJ 2010, ano-calendário 2010, discriminando o beneficiário da despesa,

CNPJ do beneficiário, valor pago, conta contábil da despesa, número do contrato e qual a espécie da despesa paga.

Em 11/03/2014, nova intimação fora efetuada, (...)

Em 06/05/2014, mais uma intimação fora realizada, (...)

No termo de intimação nº 09, de 29/07/2014, a autoridade fiscal ampliou novamente o prazo para que a contribuinte apresentasse os documentos requeridos, notificando, ainda, que as provas até então trazidas teriam comprovado apenas parte das despesas destacadas: (...)

E, mais uma vez, no termo de Intimação Fiscal nº 10: (...)

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

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

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

Não por outra razão, a Lei 9.430/1996, ao tratar da formalização da exigência de crédito tributário composto exclusivamente por multa ou juros de mora afirma, expressamente, a possibilidade de tal incidência:

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

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

Ademais, o entendimento de se considerar legítima a incidência de juros de mora sobre a multa fiscal encontra sustentação na jurisprudência da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.335.688PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/2012), que reiterou o entendimento no sentido de ser “*legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário*”, seguindo a linha já adotada pela Segunda Turma do mesmo Tribunal (REsp nº 1.129.990/PR, em 1/9/2009).

Conclusão

Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso de ofício e pelo provimento parcial do recurso voluntário, exclusivamente para reduzir a penalidade aplicada à amortização das despesas com ágio ao percentual de 75% e para cancelar as multas isoladas aplicadas na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício.

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva

Com a devida vênia, vou divergir do brilhante voto da Nobre Colega Relatora, no que se refere ao aproveitamento do ágio pela Recorrente.

Os debates no CARF acerca das condições para dedução da amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL frequentemente envolvem os conceitos de empresa-veículo e propósito negocial.

A validade jurídica de todas as operações realizadas pela Recorrente não são questionadas no presente lançamento, mas sim o propósito negocial de um dos quadros da operação societária realizada.

De fato, existem duas grandes correntes interpretativas sobre o tema. A primeira entende que a amortização do ágio constitui benefício fiscal expressamente previsto em lei, originalmente concedido como incentivo à privatização e à reorganização societária das empresas.

Para essa corrente, a dedução prescindiria da existência de propósito negocial e a utilização de empresa-veículo seria legítima para se alcançar a redução da base tributável, desde que cumpridos os demais requisitos legais.

Nestes termos identifica-se na jurisprudência administrativa o Acórdão 105-16.774 (08/11/2007), o qual foi mantido pela CSRF na decisão de Acórdão 9101-001.657 (15/05/2013).

A segunda corrente defende a obrigatoriedade da existência de elementos de fato caracterizadores da necessidade da realização da operação societária, razão pela qual a realização de operações sem fim negocial caracterizaria planejamento tributário abusivo, com o único propósito de economia tributária, baseada nas figuras de fraude à lei, abuso de direito e simulação.

Nesse sentido foi a linha adotada no Acórdão 1201-00.689 (08/05/2012), na mesma esteira do TVF e da decisão Recorrida.

Como pode-se inferir do TVF, corroborado pela DRJ, o ponto principal da argumentação que embasa a ausência de propósito negocial na utilização da holding Estônia, se funda no fato de ser uma empresa efêmera, sem atividade operacional, "adquirida de prateleira", e que todo o "desenho" da operação já havia sido estipulado no Memorando de Entendimentos firmado no ano de 2007. Neste sentido entendeu que:

*O emprego da **Estônia** foi claramente um caminho mais longo, seguramente mais oneroso e, portanto, injustificável, do ponto de vista societário. Possivelmente, a fiscalizada continuará alegando o contrário, ou seja, que a centralização das participações **Integritas** que seriam alienadas pelas **pessoas físicas** e **Toledo** numa única holding (a **Estônia**) simplificou o modelo negocial. Ora, claramente tal afirmativa, caso venha a ser feita, será inverídica. Afinal, o conjunto de operações societárias já havia sido engendrado desde o primeiro acordo ocorrido em 29/11/2007, quando a empresa veículo nem existia – por isso, a participação da **Estônia** como interveniente.*

*Ademais, sem a interposição da **Estonia**, no final das negociações, as participações na **Integritas** poderiam ter sido alienadas diretamente, ao revés de se proceder as integralizações de capital, para só então, se proceder a uma alienação. Claramente, a inclusão da **Estonia** no modelo negocial não possui qualquer substrato societário. Seu propósito foi o de possibilitar ao adquirente posteriormente incorporá-la para, ilicitamente, amortizar o ágio na aquisição.*

Por sua vez o Recorrente em sua vasta argumentação defende que, além de ter havido propósito negocial face o interesse na segregação das atividades, mesmo que esse não existisse, não se poderia invalidar o uso de empresa-veículo nos termos de decisões já proferidas por este Conselho.

Pois bem. Traçadas essas premissas das duas principais correntes interpretativas sobre o tema me alinho à primeira, a qual também é defendida pelo Recorrente.

Não obstante o alto grau de subjetividade existente em qualquer discussão relacionada à existência ou inexistência de propósito negocial nas operações, face à mais que concreta objetividade da lei quanto às regras para dedução do ágio, não deixarei de enfrentar as questões de fato, muito embora entendo que o cerne da questão é avaliar se a escolha de negócio da Recorrente infringe a lei tributária ou não, de forma a impossibilitar a dedução do ágio.

Isto porque, o conceito de propósito negocial carece de fundamento legal, tornando-se absolutamente subjetivo e abrangente.

Partindo deste conceito adotado pelo Fisco, a presença de um propósito negocial deve ser precedente e, além, originária na operação, de modo a concretizar a amortização do ágio e o concomitante gozo do benefício fiscal como uma consequência natural e lógica. Entretanto, a indefinição dos conceitos no ordenamento jurídico impede a formação de entendimento uniforme, tornando qualquer discussão acerca das operações de ágio como ao menos parcialmente subjetivas, afastando-se do princípio da tipicidade cerrada que foi base de formação do direito tributário.

É freqüente utilização pelo Fisco da teoria da ausência de propósito negocial por meio do qual defende que a simples inexistência sob sua ótica outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, tem sido usada como elemento suficiente para invalidar os atos do contribuinte ou o benefício fiscal almejado.

Tal lógica ao meu ver se afasta da necessária objetividade da lei tributária, fundada no princípio da tipicidade cerrada, além de afetar a segurança jurídica vez que diversas regras e estruturas criadas pelo legislador brasileiro oferecem um benefício fiscal aos contribuintes como parte integrante de uma política econômica.

Nesse sentido entendo ser absolutamente claro o exemplo trazido pelo Conselheiro desta Primeira Seção, Luiz Fabiano Alves Penteado em caso semelhante ao aqui tratado:

Usualmente menciono em meu votos, de forma exemplificativa, o regime fiscal da Zona Franca de Manaus, que oferece incentivos fiscais para as empresas que lá se estabelecerem e produzirem, gerando empregos, desenvolvimento econômico/social e, mesmo, arrecadação de tributos para a região.

Neste caso, não há qualquer exigência de que as empresas lá estabelecidas tenham propósitos comerciais além do gozo do incentivo fiscal em si, para lá se estabelecerem.

Isso porque, nenhuma empresa busca a Zona Franca de Manaus em razão da maior proximidade com o mercado consumidor, melhor infraestrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada.

O objetivo é o gozo do incentivo fiscal, que seja suficiente para compensar os desafios e dificuldades adicionais. Isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação, independentemente da existência de outras razões. Este é um exemplo do caráter indutor da norma, no sentido de que quando a legislação cria um determinado benefício, acaba por induzir o contribuinte a agir de determinada forma.

Nesse sentido, entendo que a busca da redução de incidência tributária por si só já se constitui em propósito comercial que viabiliza o aproveitamento do ágio, como incentivo tributário estabelecido em lei, desde que cumpridos os demais requisitos. Nesse sentido este Conselho já possui diversos precedentes:

GANHO DE CAPITAL. VENDA DE QUOTAS. PLANEJAMENTO FISCAL ILÍCITO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. INOCORRÊNCIA NAS REDUÇÕES DE CAPITAL MEDIANTE ENTREGA DE BENS OU DIREITOS, PELO VALOR CONTÁBIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 9.249/1995.

Constitui propósito comercial legítimo o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios. A partir da vigência do art. 22 da Lei 9.249/1995 a redução de capital mediante entrega de bens ou direitos, pelo valor contábil, não mais constitui hipótese de distribuição disfarçada de lucros, por expressa determinação legal. (Acórdão nº 1402001.472 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 09 de outubro de 2013)

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS.

ATOS JURÍDICOS. LICITUDE. O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. O fato dos negócios praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CAUSA DO NEGÓCIO. LICITUDE.

Motivo do negócio é a razão subjetiva pela qual o contribuinte faz o negócio jurídico. Causa do negócio ou sua função econômica é o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes. O motivo ilícito implica em nulidade, quando declarada por um Juiz. Se a motivação do negócio é economia tributária, não se pode falar em motivo ilícito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito negocial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.

(...)

Outra tese do Fisco que merece análise é a de que os atos praticados poderiam ser desconsiderados, porque não teriam conteúdo econômico (ou propósito negocial), já que teriam sido praticados com o único objetivo de economia tributária. Porém, tal afirmativa está em descompasso com o ordenamento jurídico.

Como se vê, em última análise, a afirmação do Fisco consiste em sustentar que o planejamento tributário é proibido e que a economia tributária só é admissível se for acidental. Apenas por isso, já se percebe a improcedência do argumento. Mas, a análise da tese do Fisco confirma o equívoco desta interpretação da fiscalização, pois nem esta motivação vicia o negócio e nem existe lei atribuindo tal efeito. As razões de ordem subjetiva que levam a pessoa a concluir algum negócio jurídico denominam-se motivos. Já o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes chama-se causa ou função econômica do negócio. Assim, independente da causa do negócio jurídico, se ele é praticado visando redução da carga tributária, pode-se dizer que o motivo do negócio foi economia fiscal.

Conforme o Código Civil, apenas o motivo ilícito (se for determinante do negócio e comum As partes) implica em nulidade (inciso III, art. 166 do CC). Mesmo assim, tal nulidade precisa ser declarada por um Juiz.

No entanto, salvo disposição de lei em contrário, não há como supor que a intenção de economizar tributos é ilícita. Assim, o inciso III, art. 166 do Código Civil não poderia ser aplicada sequer por juizes aos negócios jurídicos pelos quais a pessoa executa seu planejamento tributário. E, muito menos, poderia ser aplicada pela fiscalização, para efetuar lançamento de ofício.

De outra banda, não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Somente se existisse uma lei com este conteúdo é que a fiscalização poderia desconsiderar os efeitos jurídicos dos negócios. " (Acórdão n. 1101000.835 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 04 de dezembro de 2012)

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

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

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação. (Acórdão n. 1201001.507 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária - Sessão de 14 de setembro de 2016)

AGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - A pessoa jurídica que, por opção, avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido e absorver patrimônio da investida, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, pode amortizar o valor do ágio com fundamento econômico com base em previsão de resultados nos exercícios futuros, contabilizados por ocasião da aquisição do investimento. A amortização poderá ser feita a razão de um sessenta avos, mensais, a partir da primeira apuração do lucro real subsequente ao evento da absorção. No caso de deságio deverá amortizar na apuração do lucro real levantado a partir do primeiro ano-calendário seguinte ao evento. O ágio também poderá ser amortizado por terceira pessoa jurídica que incorporar a investidora que pagou o ágio e incorporou sua investida. O legislador não estabeleceu ordem de seqüência dos atos que de incorporação, fusão ou cisão, não cabendo ao interprete vedar aquilo que a não proibiu.

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - O ágio na subscrição de ações deve ser calculado após refletido o aumento do patrimônio líquido da investida decorrente da própria subscrição. O ágio corresponde à parcela do valor pago que não beneficia, via reflexa, o próprio subscritor. A subscrição é uma forma de aquisição e de o tratamento do ágio apurado nessa circunstância deve ser o mesmo que a lei admitiu para a aquisição das ações de terceiros.

MULTA ISOLADA - ESTIMATIVA - Não procede a exigência de multa isolada quando da recomposição do resultado em virtude de glosa de despesa, visto que não participam da base a ser utilizada para calcular o imposto estimado antecipado mensalmente.

JUROS SOBRE MULTA - A SELIC incide tão somente sobre débitos de tributos e contribuições, não sobre penalidade, que deve seguir a regra de juros contida no artigo 161 do CTN. (Lei 9.430/96, art. 61 c/c art. 3º do CTN). Recurso parcialmente provido. (Acórdão n. 105-16.774 - Sessão de 08 novembro de 2007)

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º). Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua

amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".
(Acórdão n. 1201-001.267 - Sessão de 19 de janeiro de 2016)

Cumpra-se destacar trecho do voto proferido no último Acórdão citado, com o qual me coaduno:

"(...)Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos."

Desta feita, entendo que a ausência de propósito negocial, sob a ótica do fisco, não pode ser suficiente para a glosa da dedução da amortização do ágio, até mesmo porque, a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial.

Por outro lado, a utilização da chamada empresa-veículo, expressão que tem sido usada como sinônimo de ilegalidade tributária, por si só, não torna a operação ilegal, se desacompanhada de qualquer ato fraudulento ou simulado, especialmente quando restar demonstrada a existência de alternativas que resultem no mesmo resultado tributário obtido.

Esta linha de jurisprudência já é adotada por este Conselho:

"AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

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

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. (Acórdão 1102000.982 1º Câmara / 2º Turma Ordinária Sessão de 04/12/2013 Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

Destaque-se trecho de voto proferido no Acórdão n. 1201001.267:

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

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

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

Entretanto, mesmo que por argumentação se entendesse que a utilização do ágio não poderia ser o propósito por si mesmo, as demais razões fáticas trazem, no mínimo, uma dúvida acerca da sua alegada inexistência. Nesta feita, entendo que seria aplicável o art. 112 do CTN que determina a interpretação da maneira mais favorável ao contribuinte.

Ademais, além de tudo o quanto exposto, o uso da chamada empresa-veículo não era indispensável para obtenção do aproveitamento do ágio. Isto porque, seria possível a realização de operação societária sem a utilização do que o Fisco entendeu como empresa veículo obtendo-se o mesmo resultado.

Desta forma, havendo outra forma de se obter o mesmo resultado econômico, não há o que se questionar sobre reorganização societária realizada, que foi um claro exercício da liberdade negocial assegurada ao contribuinte.

Esse também é entendimento firmado no CARF:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. (Acórdão 1102000.982 1º Câmara / 2º Turma Ordinária Sessão de 04/12/2013 Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

No mesmo sentido foi o voto do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior no Acórdão 1302001.186 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária:

Por outro lado, a constituição da NAVPAR teve como propósito possibilitar o aproveitamento do ágio, como afirma a autoridade lançadora?

A resposta é irrefragavelmente não, pelas seguintes razões. Primeiro, ninguém discute a existência do ágio e o seu efetivo pagamento pela recorrente aos membros da família Schwec. Logo, mesmo que não existisse a NAVPAR, se a recorrente e a Sogil tivessem adquirido diretamente o controle da Auto Viação Navegantes com ágio, poderiam cindi-la e passar a deduzir a amortização do ágio das suas bases tributáveis. Logo, fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais, que os obrigavam a preservar a Auto Viação Navegantes, ou seja, preferindo assim criar uma intermediária.

Além disso, caso viesse a ser declarado nulo o ato de constituição da NAVPAR, por ser um ato simulado, subsistiria o ato dissimulado, o qual consistiria em uma participação da recorrente na Auto Viação Navegantes com ágio no mesmo valor que fora registrado na aquisição da NAVPAR, sendo que, por óbvio, para que a sua amortização viesse a ser dedutível do IR e da CSLL, bastava que houvesse a mesma operação que foi feita com a NAVPAR.

Logo, ainda que se admita a existência de um pacto prévio de constituição da NAVPAR, este não serviu para dissimular ato tributariamente mais oneroso, pois os efeitos tributários seriam os mesmos caso a NAVPAR não viesse a ser constituída, razão pela qual entendo que não houve simulação fiscal.

Face o exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte, seguindo o voto da Relatora nos demais termos.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva