



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

Processo nº	16561.720026/2011-13
Recurso nº	Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº	9101-003.208 – 1ª Turma
Sessão de	8 de novembro de 2017
Matéria	ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. DECADÊNCIA. JUROS SOBRE MULTA.
Recorrentes	FAZENDA NACIONAL BUNGE FERTILIZANTES S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA COM DOIS FUNDAMENTOS COMPLEMENTARES. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO INTEGRAL.

Recurso que não logra demonstrar ocorrência de divergência na interpretação da legislação tributária para os dois fundamentos complementares necessários para apreciação da matéria perde a utilidade. No caso, os paradigmas se prestaram a demonstrar divergência apenas para um dos fundamentos, não se consumando a devolução integral. Recurso não conhecido.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

Não produz o efeito tributário pretendido pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, em operações em seqüência feitas em curto espaço de tempo entre a integralização de capital na incorporada e posterior evento de incorporação reversa. Nestes casos resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa-veículo para transferência do ágio à incorporadora.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE

Caracteriza o evidente intuito de fraudar o Fisco as operações de reestruturação societárias criadas com o objetivo único de possibilitar a

amortização de ágio gerado artificialmente, mediante a utilização de empresas-veículo, sem propósito negocial que não seja o de obter benefício tributário.

DECADÊNCIA. REGRA DE CONTAGEM

Nos casos em que se verifica o dolo, a fraude e a simulação, a regra de contagem do prazo decadencial a ser aplicada é aquela prevista no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (Súmula CARF nº 72)

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à (i) qualificação da multa de ofício, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram do recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Cristiane Silva Costa e Flávio Franco Corrêa. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento e, por unanimidade de votos, em decorrência do restabelecimento da multa qualificada, aplicar a contagem decadencial com base no art. 173, inciso I do CTN conforme Súmula CARF nº 72. Por maioria de votos, acordam em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à (ii) exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, vencidos os conselheiros Adriana Gomes Rêgo (relatora) e Flávio Franco Corrêa, que conheceram do recurso; acordam, ainda, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte quanto à (iii) decadência e acordam, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte quanto (iv) ao ágio. No mérito, para o ágio denominado "CAJATI", por maioria, dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Rafael Vidal de Araújo e Flávio Franco Corrêa, que lhe negaram provimento. Para os ágios "ANDELY", "BIPART" e "BPART", por qualidade, negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento; acordam, também, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte quanto à (v) incidência de juros sobre a multa de ofício. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor, quanto ao não conhecimento da exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, o conselheiro André Mendes de Moura. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Luís Flávio Neto.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Relatora e Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros Adriana Gomes Rêgo, André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Correa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Guerra de Macedo. Ausente, justificadamente, o conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

A FAZENDA NACIONAL recorre a este Colegiado, por meio do Recurso Especial de e-fls. 8.342/8.373, contra o Acórdão nº 1402-001.460, de 8 de outubro de 2013 (e-fls. 8.214/8.301) que, por voto de qualidade, deu provimento parcial ao recurso voluntário impetrado por BUNGE FERTILIZANTES S/A, exonerando a multa qualificada, de forma a reduzi-la ao percentual de 75% , bem como a multa isolada exigida em concomitância com a multa de ofício. A decisão restou ementada nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

PRELIMINAR. DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

O art. 113, § 1º, do CTN aduz que “A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advém dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.”

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

IRPJ/CSLL. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA.

- 1. O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.*
- 2. Em regra, o ágio efetivamente pago em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).*
- 3. A exceção trazida pelo caput do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§ 6º, II). A operacionalização de tal reestruturação de forma artificial, calcada em operações meramente formais e com fins unicamente tributários mediante utilização de “empresas veículo”, não possui o condão de alterar a verdade dos fatos, de modo a transformar o que deveria ser contabilizado como custo do investimento em amortização de ágio.*
- 3. A amortização do ágio oriundo de operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificiais e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal.*
- 4. Nesse cenário, o ágio artificialmente transferido não pode ser utilizado para redução da base de cálculo de tributos.*
- 5. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente, no caso concreto, a transferência do ágio ao real investidor para fins de amortização.*

IRPJ/CSLL. AQUISIÇÃO DAS PRÓPRIAS AÇÕES. PAGAMENTO DE MAIS VALIA. CONTABILIZAÇÃO EM CONTAS PATRIMONIAIS. RESULTADO DO EXERCÍCIO INALTERADO. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. GERAÇÃO ARTIFICIAL DE ÁGIO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO ARTIFICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

- 1. A Lei das S/A LSA veda, em regra, a negociação com as próprias ações. Comprovada que operações formalizadas como aquisição de investimento, com posterior cisão parcial e incorporação, na verdade dissimulavam aquisição das próprias ações, deve o Fisco apurar os tributos devidos de acordo com os fatos efetivamente ocorridos.*
- 2. O pagamento de mais valia em aquisição das próprias ações não pode alterar o resultado do período, devendo ser contabilizado diretamente em contas patrimoniais, ou seja, sem transitar pelo resultado.*

3. O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificiais e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal.

4. Nesse cenário, o ágio artificialmente gerado não pode ser utilizado para redução da base de cálculo de tributos.

5. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a geração e a transferência do ágio.

LUCRO REAL. ÁGIO INTERNO. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

A circunstância de a operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico somada a falta de propósito negocial ou societário da operação dentro do seu contexto, analisado o caso específico, impedem os efeitos tributários da operação desejados pelo contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE

Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para o percentual de 150% depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não houve dolo por parte do contribuinte, logo incabível a aplicação da multa qualificada.

IRPJ. ESTIMATIVAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA.

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

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

AUTOS REFLEXOS. CSL.

O decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação dele decorrente.

Recurso Voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a argüição de decadência. Vencido o Conselheiro Carlos Pelá (Relator). No mérito, por voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para cancelar a qualificação da multa de ofício aplicada junto com o tributo e a multa isolada. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá (Relator), Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Paulo Roberto Cortez que davam provimento em maior extensão para cancelar a exigência, exceto aquela referente ao denominado ágio interno, sendo que o Conselheiro Carlos Pelá (Relator) também foi vencido na parte em que votou pela não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto foram vencidos em relação à multa isolada. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor em relação à decadência, glosa de despesas com ágio e à exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Breve Histórico:

Em resumo e de acordo com os relatórios que antecedem aos votos proferidos nos acórdãos da DRJ e do Colegiado *a quo*, trata o processo de Autos de Infração de IRPJ e de CSLL dos anos-calendário 2005 a 2009, com acréscimo de multa de ofício qualificada, multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e juros, que tiveram por base as seguintes infrações: (i) glosa de exclusão indevida na apuração do Lucro Real, referente à amortização de ágio nesses anos-calendário; (ii) compensação indevida de prejuízo fiscal e base negativa, no ano-calendário de 2007, e (iii) falta de recolhimento de estimativas nos anos-calendário de 2006 a 2009. O Termo de Verificação Fiscal encontra-se às e-fls. 7.372/7.466 e os Autos de Infração e correspondentes demonstrativos às e-fls. 7.467/7.517.

A compensação indevida de prejuízo fiscal e base negativa, no ano-calendário de 2007, e as multas isoladas são decorrentes das glosas de exclusões oriundas de despesas de amortizações de ágios que acabaram por afetar as bases de cálculos sobre as quais são apuradas as antecipações obrigatórias do IRPJ e da CSLL e as compensações fiscais.

A multa de ofício foi qualificada pela subsunção dos fatos ao que dispõe os arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, combinados com o art. 44, §1º, da Lei 9.430/1996, em razão de vislumbrar a Fiscalização evidente intuito de fraude.

As autuações seriam fruto de um extenso trabalho no qual foram analisadas diversas operações societárias realizadas pela interessada e empresas do grupo do qual ela faz parte (Grupo Bunge), ao longo de muitos anos.

A reorganização societária do Grupo Bunge foi subdividida em cinco operações societárias distintas, que culminaram com o registro de cinco ágios distintos, posteriormente transferidos, em razão de novos eventos societários, para a empresa autuada, que passou a amortizá-los.

Eis a nomenclatura de abreviações das empresas envolvidas nas reorganizações societárias:

GB	Grupo Bunge
BB	Bunge Brasil S/A
BF	Bunge Fertilizantes S/A
BI	Bunge Investimentos Ltda.
BIC	Bunge Investimentos e Consultoria Ltda.
BPART	Bunge Participações Ltda.
BALPART	Bunge Alimentos e Participações Ltda.
BAL	Bunge Alimentos S/A
BIPART	Bunge I de Participações S/A
CAJATI	Cajati Participações Ltda.
ANDELY	Andely Holding Ltda.

O Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 7.372/7.466) dá conta, em resumo, dos seguintes fatos, dentre outros:

SITUAÇÃO INICIAL

A ação fiscal teve por escopo inicial a análise da incorporação da Bunge Brasil S.A. (**BB**), CNPJ 61.074.092/0001-49, pela sua subsidiária integral Bunge Fertilizantes S.A. (**BF**), tendo sido constatado, de início, que a incorporada declarou **R\$ 851.479.101,42** de ágio, na Ficha 45A linha 27 de sua DIPJ de evento especial; mas, na mesma data, **31/10/2005**, foram realizadas outras incorporações no Grupo Bunge (**GB**), a saber:

1. da Bunge Investimentos Ltda., CNPJ 07.052.334/0001-58 (**BI**), que foi constituída em 15/09/2004, pela Bunge Investimentos e Consultoria Ltda., CNPJ 67.866.863/0001-17 (**BIC**), com um ágio declarado na incorporada de **R\$ 367.069.306,50**;
2. da **BIC**, aberta em 18/05/92, pela **BB**, com ágio declarado de **R\$ 501.662.557,60**;
3. da Bunge Participações Ltda. (**BPART**), CNPJ 06.282.557/0001-49, aberta em 14/05/2004, pela **BB**, com ágio de **R\$ 389.373.463,92**;
4. cisão parcial na **BF** com versão de parcela do seu patrimônio para a Bunge Alimentos Participações Ltda. (**BALPART**), CNPJ 07.712.535/0001-34, que depois foi incorporada, em 28/02/2006, pela Bunge Alimentos S.A. (**BAL**), CNPJ 84.046.101/0001-93, com ágio de **R\$ 476.318.882,50**;

5. além disso, a **BF** havia contabilizado outros ágios, que vinham sendo amortizados à razão de 10% ao ano, provenientes de incorporações anteriores da Bunge I de Participações S.A. (**BIPART**), de CNPJ 05.111.830/0001-00 e da Cajati Participações Ltda. (**CAJATI**), de CNPJ 05.675.377/0001-64, com ágios de **R\$ 286.656.102,71** e **R\$ 170.844.432,64**, registrados nas contas 1332424 e 1332425, respectivamente;

6. quanto ao ágio de **R\$ 851.479.101,42** proveniente da incorporação da **BB**, em 31 /10/2005, a **BF** assim demonstrou sua origem:

- a) **R\$ 389.373.463,92**, de ágio incorporado da **BPART**, decorrente da compra de ações da BB;
- b) **R\$ 400.439.243,50**, de ágio incorporado da **BI**, decorrente da compra da BIC;
- c) **R\$ 61.666.394,00** de ágio incorporado da **BIC**;

7. do total do ágio incorporado pela **BF** na incorporação da **BB** (**R\$ 851.479.101,42**), uma parcela foi vertida para a **BALPART**, CNPJ 07.712.535/0001-34, na cisão parcial da **BF**:

	Ágio	Vertido por Cisão	Remanescente
Ágio aquisição ações da BB	389.373.463,92	171.324.324,12	218.049.139,80
Ágio BIC	400.439.243,50	176.193.267,14	224.245.976,36
Ágio Ceval Alimentos S.A.	61.666.394,00	61.666.394,00	0,00
	851.479.101,42	409.183.985,26	442.295.116,16

Foram analisadas pela auditoria fiscal as parcelas que geraram as seguintes amortizações anuais de ágio, por operação:

Conta	2005	2006	2007	2008	2009
Amortização de Ágio BIC	22.424.597,66	22.424.597,66	22.424.597,66	22.424.597,66	22.424.597,66
Amortz. Ágio BB	27.256.142,50	21.804.913,92	21.804.913,92	21.804.913,92	21.804.913,92
TOTAL	49.680.740,16	44.229.511,56	44.229.511,56	44.229.511,56	44.229.511,56

Analisadas então todas as operações que envolveram a transferência para a interessada dos ágios gerados em reorganizações societárias correspondentes aos referidos grupos de empresas, concluiu a auditoria fiscal que o sujeito passivo se valeu de subterfúgios e manobras empresariais que foram concebidas com o intuito exclusivo de obter uma vantagem tributária, traduzida em economia no pagamento de tributos.

De acordo com os agentes fiscais, o Grupo Bunge (**GB**) se valeu de incorporações destituídas de propósito negocial e sem qualquer fundamento econômico, com a constituição de empresas de existência efêmera, as chamadas “empresas-veículo”, usadas apenas como artifício para viabilizar a dedutibilidade de ágios que, logo após cumprirem suas funções, foram incorporadas e deixaram de existir.

Entendeu a fiscalização que as operações de reestruturação do **GB** se afastam de uma reorganização natural, no momento em que foram encadeadas de forma estruturada e em seqüência, com a constituição de empresas totalmente subordinadas ao grupo, com administradores comuns, localizadas no mesmo endereço, com mesmo contador, que não possuíram funcionários ou empregados, sem qualquer movimento operacional, tendo todas elas como única função dar ensejo a situações em que fosse possível a dedutibilidade do ágio.

Ao apreciar o litígio, o Colegiado *a quo*, em voto vencedor, deduziu entendimento no sentido de reconhecer que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convier, não se admitindo, porém, que os atos e negócios praticados se baseiem numa aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nesse contexto, concluiu que houve operações artificiais, assim caracterizadas pela criação de empresas veículos que viabilizassem operações de reestruturações com incorporações reversas que permitiriam alcançar o real propósito desses negócios, que foi a transferência de ágios e posteriores amortizações.

Nessa questão, ao final, assentou que não se poderia acatar as deduções a título de ágio realizadas pelo sujeito passivo, mantendo, nessa parte, a decisão da DRJ, assim como a incidência de juros sobre a multa.

A multa qualificada foi exonerada e reduzida ao percentual de 75%, por entender o colegiado que a fraude não restou caracterizada. A multa isolada também foi exonerada, em razão da tese de que, encerrado o ano-calendário com a apuração final do tributo, é sobre este que deve incidir a penalidade, já que as estimativas seriam meras antecipações do valor a ser devido ao final do ano-calendário.

Prosseguindo-se no relato do andamento processual, em 23/09/2014, os procuradores da interessada protocolizaram petição aduzindo a desistência parcial do Recurso Voluntário interposto com o que, cumulativamente, renunciaram ao direito em que se funda essa parte do recurso, e que se refere às discussões a respeito da amortização do ágio da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA (BIC) (e-fls. 8.308/8.322).

Com efeito, consta a formalização do processo em apenso nº 16151.720093/2014-11, para o qual foram transferidos os débitos atinentes à essa parte do lançamento.

A Fazenda Nacional, em seu Recurso Especial, alegou divergência jurisprudencial relativamente às seguintes matérias (e-fls. 8.342/8.373):

(i) correta caracterização da qualificação da multa de ofício. Apresenta como paradigmas o Acórdão nº 1202-00.753 e o Acórdão nº 101-96.724;

(ii) exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, após o encerramento do ano-calendário. Ofertou como paradigmas o Acórdão nº 1302-001.080 e Acórdão nº 1202-000.964;

(iii) exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, ainda que em concomitância com a multa de ofício. Apresentou como paradigma o Acórdão nº 1202-00.410.

Ao detalhar os fundamentos para a reforma do acórdão, a Fazenda afirma que a imposição da multa qualificada é mandatória, no presente caso, em vista de os atos praticados pela interessada terem sido fraudulentos e simulados. Além disso, a auditoria fiscal teria verificado a ausência de propósito negocial e fundamento econômico nas operações que deram origem ao ágio.

Aponta que, *in casu*, não houve aquisição de investimento e circulação de riqueza nova e que o Grupo Bunge nada mais fez do que cobrar ágio de si mesmo. Diante dessas características, ter-se-ia a criação de um ágio meramente artificial para posterior dedução fiscal de sua despesa de amortização.

Depois de se referir a cada uma das operações denominadas "Ágio Andely", "Ágio BIPART" e "Ágio Cajati", conclui que o Grupo Bunge tratou de planejar previa e fraudulenta reorganização societária, juntamente com a ajuda de consultoria especializada, que denotaria o evidente intuito doloso da contribuinte de, com a criação do ágio, reduzir de forma indevida o seu futuro passivo tributário.

No tocante ao pleito pela manutenção da penalidade isolada, pondera que a multa prevista no artigo 44, par. 1º, inciso IV da Lei nº. 9.430, de 1996, atualmente amparada no art. 44, II, b, da mesma lei, na redação dada pela Lei nº. 11.488/07, decorre do descumprimento da obrigação de recolher a estimativa apurada no mês-calendário, independentemente de se apurar ou não resultado anual tributável, sendo cabível mesmo após o encerramento do ano-calendário e nada tendo a ver com a multa devida pela falta de recolhimento do tributo apurado com base no lucro real anual ou trimestral.

Observa que a aplicação da multa de ofício, prevista no art. 44, inc. I, da Lei 9.430/96, resultou da falta de recolhimento de tributo - IRPJ e CSLL - por parte da empresa. A denominada multa isolada, fundada no art. 44, II, 'b' da Lei 9.430/96, foi aplicada em razão do descumprimento da sistemática de recolhimento por estimativa mensal da CSLL e, sob essa ótica, o não recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa é infração bastante diversa daquela consistente na omissão de receitas apurada ao final do ano-calendário, nada impedindo que dessas infrações resultem penalidades distintas: (i) da omissão de rendimentos, da qual decorreria a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei 9.430/96; (ii) do descumprimento do regime de recolhimento de estimativa, da qual decorreria a multa isolada prevista no atual art. 44, inciso II, alínea "b", da mesma Lei.

Assinala que no presente caso restou plenamente configurado o desrespeito da Contribuinte à Lei nº 9.430/96, devendo, portanto, ser mantido o lançamento da multa isolada.

Ao final pleiteou pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial, a fim de que o acórdão recorrido seja reformado nas questões objeto da insurgência.

Pelo despacho de e-fls. 8.382/8.336, a presidência da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF deu seguimento ao Recurso Especial da PFN.

A interessada igualmente foi cientificada do Acórdão nº 1402-001.460 e, contra essa decisão, manejou, tempestivamente, Embargos de Declaração objetivando suprir omissão, contradição e obscuridade (e-fls. 8.396/8.414).

Também apresentou contrarrazões (e-fls. 8.418/8.468) ao Recurso Especial da PFN. Nessa peça de defesa sustenta, preliminarmente, que o apelo especial da PFN contraria, ao menos em parte, o que dispõe a Súmula CARF nº 105.

Observa que, considerando que houve aplicação da penalidade isolada para fatos geradores ocorridos antes de janeiro/2007, mais especificamente nos meses de janeiro e fevereiro de 2006, além do próprio mês de janeiro de 2007, ter-se-ia um Recurso Especial em total contrariedade à referida Súmula CARF nº 105, já que a multa isolada teria sido aplicada em concomitância com a multa de ofício, exatamente nos termos da vedação a que se refere a Súmula. Assim, o Recurso Especial, nessa parte, por afrontar o que dispõe o art. 67, § 3º, do Anexo II, do RICARF, não poderia ser admitido.

Consigna, ainda em preliminares, que não teria sido caracterizada a divergência jurisprudencial apontada em relação à multa qualificada.

Afirma que na análise dos casos confrontados denotar-se-ia que a norma do art. 44 foi interpretada de forma idêntica, e assim não haveria qualquer divergência, eis que tanto o acórdão recorrido, quanto o paradigma de nº 1202-00.753 afirmaram que na constatação do evidente intuito de fraude, deve ser aplicada a multa qualificada. Portanto, haveria convergência de interpretações e não divergência e a diferença entre as decisões estaria na análise dos fatos, que nestes autos motivaram a exoneração da multa qualificada, enquanto que no outro caso determinaram a sua manutenção.

No mérito, em resumo, assenta que não ocorreu o intuito doloso de fraudar o Fisco porque os atos praticados estão conservados em sua forma documental e escritural reveladora da sua efetiva substância jurídica, tais como eles ocorreram, sem a mínima modificação. Assim, sendo o intuito doloso pré-requisito para a cominação da penalidade qualificada, a sua ausência ensejaria a exoneração dessa qualificação.

Lembra que os vários "Fatos Relevantes" publicados que chegaram a citar a vantagem fiscal referentes às amortizações dos ágios evidenciariam a total lisura e transparência das operações, acrescentando que não se poderia esquecer que todos os atos que envolveram as operações foram levados à registro público, constaram de notas explicativas e de balanços publicados, como também a CVM e o BACEN, no âmbito de suas respectivas atribuições, concederam registro e validaram as operações em questão. Cita estudos doutrinários e reproduz extensa jurisprudência.

No que respeita à multa isolada afirma, também resumidamente, que os recolhimentos mensais por estimativa efetuados mês a mês, ou mesmo a ausência de recolhimento em razão de apuração de prejuízo fiscal num mês específico, se caracterizam por sua provisoriamente, na medida em que, terminado o período-base, somente o tributo incidente sobre o lucro é que passa a ser devido.

Logo, uma vez encerrado o período de apuração, não haveria mais que se falar em imposição de multa isolada, porque o que está sendo exigido não é mais a estimativa mensal, e sim a diferença a menor do montante de IRPJ e de CSLL devidos referentes a todo o período de apuração, fato esse que, se for o caso, será apenado com multa de 75%.

Registra que mesmo após as alterações promovidas no art. 44 da Lei nº 9.530/96, não houve mudança jurídica desse entendimento, mas apenas alteração do percentual da multa isolada que foi reduzido. Aqui também reproduz estudos doutrinários e jurisprudência administrativa e judicial.

Pede ao final pelo não conhecimento do apelo especial da PFN ou, no caso de seu conhecimento, que seja-lhe negado provimento.

Os Embargos de Declaração da interessada foram admitidos (e-fls. 8.471/8.482) e, em sessão de julgamento realizada em 05/04/2016, foi proferido o acórdão integrativo nº 1402-002.145, pelo qual decidiu-se, por unanimidade de votos, acolhê-los para suprir omissões no acórdão nº 1402-001.460, com efeitos infringentes, e reconhecer a extinção do crédito tributário atinente ao ano-calendário de 2005 em face da decadência, dando provimento ao recurso em relação a essa matéria. A decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NOVO PRONUNCIAMENTO
PARA SUPRIR OMISSÃO.*

Constatado que o acórdão foi omissivo, prolatava-se nova decisão a fim de suprir a lacuna apontada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

*DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO
ANTECIPADO E AUSÊNCIA DE DOLO FRAUDE OU
SIMULAÇÃO. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO A PARTIR
DA DATA DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.
PRECEDENTE DO STJ NO RECURSO ESPECIAL N°
973.733/SC.*

Comprovada a ocorrência de pagamento antecipado, e inexistindo a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial deve se dar com base no disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, a partir da ocorrência do fato gerador. Precedente do STJ no Recurso Especial nº 973.733/SC julgado nos termos do art. 543C do CPC o que implica, em razão do disposto no art. 62, §2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, vinculação dos membros deste Colegiado à tese vencedora no âmbito do STJ.

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA
JURÍDICA IRPJ*

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

*IRPJ/CSLL. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO.
REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. AMORTIZAÇÃO
INDEVIDA DO ÁGIO.*

- 1. O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.*
- 2. Em regra, o ágio efetivamente pago em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).*
- 3. A exceção trazida pelo caput do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II). A operacionalização de tal reestruturação de forma artificial, calcada em operações meramente formais e com fins unicamente tributários mediante utilização de “empresas veículo”, não possui o condão de alterar a verdade dos fatos, de modo a transformar o que deveria ser contabilizado como custo do investimento em amortização de ágio.*
- 3. A amortização do ágio oriundo de operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificiais e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal.*
- 4. Nesse cenário, o ágio artificialmente transferido não pode ser utilizado para redução da base de cálculo de tributos.*
- 5. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente, no caso concreto, a transferência do ágio ao real investidor para fins de amortização. Tal cenário não se altera ainda que a sociedade veículo não tenha sido criada pela real adquirente, se, por mera interposição de tal pessoa jurídica no negócio realizado, advierem efeitos tributários distintos do que seriam esperados da real operação levada a efeito.*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos para suprir omissões no acórdão 1402-001.460, com efeitos infringentes, e reconhecer a extinção do crédito tributário atinente ao ano-calendário de 2005 em face da decadência, dando provimento ao recurso em relação a essa matéria, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Intimada desse acórdão integrativo, a PFN aviou contra ele aditamento ao Recurso Especial (e-fls. 8.512/8.522), arguindo que outras decisões proferidas no âmbito do CARF/Conselho de Contribuintes, adotaram tese jurídica diversa **a respeito da decadência no caso de multa qualificada**. Indicou como paradigmas o Acórdão nº 106-17.149 e o Acórdão nº 1102-000.939.

Nas razões meritórias consigna que tendo restado caracterizado o dolo no presente caso, tornar-se-ia forçoso o afastamento da decadência, independentemente de ter ocorrido ou não antecipação de pagamento, tendo em vista a aplicação do art. 173, I, do CTN, tese essa que já teria sido pacificada, nesse mesmo sentido, pelo STJ, em julgamentos de recursos repetitivos.

Pugna, ao final, pelo acolhimento do apelo especial e, na hipótese de provimento do Recurso Especial da PFN quanto à matéria da qualificação da multa, seja também dado provimento ao presente recurso, para reformar o acórdão recorrido, de forma a aplicar, na contagem do prazo decadencial, o disposto no art. 173 do CTN;

Pelo despacho de e-fls. 8.525/8.530, a presidência da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF dá seguimento ao aditivo ao Recurso Especial.

A interessada também foi cientificada do acórdão integrativo nº 1402-002.145, do Recurso Especial da PFN e seu aditivo, e dos despachos que os admitiram e apresentou, também, Recurso Especial de divergência (e-fls. 8.548/8.601).

Aduz que o Recurso Especial visa a reforma do Acórdão nº 1402-001.460 e de seu complementar nº 1402-002.145, nas questões julgadas desfavoravelmente ao seu pleito e que dizem respeito a:

(i) decadência do direito de questionar a formação dos ágios. Indica como paradigmas o Acórdão nº 101-97.084 e Acórdão nº 107-09.545

(ii) dedutibilidade, para fins fiscais, dos ágios apurados em aquisições de investimentos. Apresentou como paradigmas o Acórdão nº 1201-001.242 e Acórdão nº 1301-001.950;

(iii) incidência de juros sobre a multa de ofício. Indicou como paradigmas o Acórdão nº 9101-000.722 e Acórdão nº 1202-001.118.

Quanto ao primeiro ponto divergente - a decadência do direito de questionar a formação dos ágios - sustenta que, como a exigência fiscal remonta a fatos ocorridos e registrados contabilmente há mais de cinco anos, estaria fulminado o direito de o Fisco contestar essas operações, observando que a Fazenda teria tido ciência de tais fatos pelas alterações cadastrais produzidas em decorrência dessas operações, como também pelas DIPJ apresentadas, perdendo o prazo de contestá-las. Admitir o contrário seria colocar em risco o princípio da segurança jurídica, risco esse que o instituto da decadência visa, justamente, combater.

No que se refere à segunda tese divergente - dedutibilidade, para fins fiscais, dos ágios apurados em aquisições de investimentos - primeiramente discorre a respeito das operações que envolveram o surgimento e aproveitamento dos denominados "Ágio Andely", "Ágio Bunge I de Participações", "Ágio Cajati" e "Ágio Bunge Participações", para depois apontar que a turma teria expressamente reconhecido a legitimidade de ágios decorrentes de operações entre partes independentes, sendo que a única irresignação do colegiado seria a utilização de empresa veículo nas referidas operações, o que teria o condão de invalidar a amortização dos ágios pretendidos, por terem sido transferidos por meio dessas empresas. Mas os paradigmas indicados demonstrariam que a mera utilização de empresa veículo não seria suficiente a invalidar o ágio, tampouco impedir a sua amortização.

Em extenso arrazoado, em que colaciona estudos doutrinários de seu patrono, conclui que a utilização de empresas veículo em situações como as aqui analisadas, em nada altera a situação fática realmente encontrada, que é a efetiva aquisição de investimento entre partes independentes e que há decisões administrativas no sentido de que, havendo direito à amortização do ágio por meio de incorporação direta, não se poderia negar o mesmo direito na hipótese em que ocorre de forma indireta.

Ressalta que, ainda que prevaleça a tese rechaçada, esta não valeria para o denominado "Ágio Cajati", visto que neste caso se deu a requerida confusão patrimonial entre o real investidor, no caso a interessada, e a investida Cajati.

Registra que o ordenamento jurídico não teria incorporado a existência do propósito negocial como requisito de validade de negócios jurídicos, de modo que a sua ausência não poderia motivar a desconsideração dos atos efetivamente praticados. Ademais, alega que todas as operações foram motivadas por legítimos propósitos negociais, como reconheceu o voto vencido do acórdão recorrido.

Discorre que no caso da Andely, sua criação e posterior incorporação reversa evitou complicações operacionais visto que o desaparecimento da Manah traria inúmeros transtornos e trabalhos burocráticos que poderiam ser evitados com a incorporação reversa.

No caso da Cajati, lembra que a estrutura societária que envolvia o controle da Fosfértil existia antes da aquisição, de modo que não pode ser entendida como "estruturada" apenas para obtenção de benefícios fiscais. Ademais, não haveria na legislação qualquer menção à efemeridade de participação no negócio para sua desconsideração. E diante da comprovação de que a estrutura societária já existia, ter-se-ia a insustentabilidade da premissa fiscal, visto que houve a efetiva confusão patrimonial entre real investidor e investida, que autoriza a amortização do ágio segundo a linha de raciocínio adotada pelo Fisco.

Quanto ao "Ágio Bunge I Participações", elenca as razões negociais que teriam levado à reorganização societária: (i) segregação do ágio relativo à Bunge Fertilizantes separadamente do ágio da Bunge Alimentos; (ii) o emparelhamento da amortização do ágio com a geração de lucros a que ele se refere, o que atende não só à letra da lei, mas ao espírito desta; e a manutenção dos eventos societários benéficos obtidos com a centralização do controle direto das duas companhias em uma *holding* no Brasil.

E, relativamente ao Ágio Bunge Participações, afirma que o seu propósito negocial foi justamente a viabilização de Oferta Pública de Ações. Prossegue com arrazoado descrevendo os fatos que envolveram a legalidade da organização.

Concernente ao último ponto divergente - incidência de juros sobre a multa de ofício - a respeito do qual, alega, limita-se a caracterizar a divergência pelo confronto das ementas do acórdão recorrido e dos paradigmas, no mérito, afirma que a exigência de juros sobre multa de ofício ofende o disposto no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996 que previu a incidência de juros apenas sobre o valor do principal a título de tributos ou contribuições.

Defende que a comparação entre esse artigo e o parágrafo único do art. 43 do mesmo comando legal demonstra que, neste último, a lei determinou a cobrança de juros sobre a multa isolada que constitui um crédito tributário principal e não a determina sobre o valor da multa calculada proporcionalmente ao principal do tributo devido, pois é este que constitui o crédito tributário principal.

Diz ainda que, acaso se entenda de outra forma, a incidência de juros deve-se limitar a 1% ao mês tendo em conta o disposto no art. 161, § 1º, do CTN.

Pede, ao final, pelo acolhimento do apelo especial com a exoneração total das exigências ou, se mantidas, a não incidência de juros sobre a multa.

A interessada também apresentou contrarrazões (e-fls. 8.765/8.770) ao Recurso Especial apresentado pela PFN contra o Acórdão integrativo nº 1402-002.145 em que se limita a admitir que há relação de dependência entre a aplicabilidade da multa qualificada e a decadência dos fatos geradores relativos ao ano-calendário 2005, aduzindo apenas ratificar os argumentos expostos em suas contrarrazões anteriormente apresentadas, de modo que pede pelo não acolhimento do apelo especial nas questões suscitadas.

Pelo despacho de e-fls. 8.841/8.848, a presidência da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF, dá seguimento ao Recurso Especial da contribuinte.

A PFN foi cientificada do Recurso Especial da contribuinte e do despacho que o admitiu e apresentou contrarrazões (e-fls. 8.850/8.897). Depois de relatar os fatos, afirma, em resumo, que inexiste decadência do direito de questionar a formação dos ágios, lembrando que o prazo decadencial deve ser aplicado à atividade tributante do Estado, ou seja, quando ocorrida a materialização da hipótese de incidência tributária prevista em lei (fato gerador), o Fisco tem o prazo de cinco anos para constituir a correspondente obrigação tributária por meio do lançamento. Assim, para que seja aplicado o instituto da decadência é necessário primeiro que tenha ocorrido fato gerador de obrigação tributária, o que não se dá no caso da formação de ágios ou de pagamento de ágios.

Afirma, ainda, que somente quando o contribuinte deduz o ágio na apuração lucro real, é que o Fisco tem algo a homologar - e que no presente caso teria sido o lucro real apurado pelo sujeito passivo nos anos de 2005 a 2009. Antes disso o Estado não teria fato tributário envolvendo o ágio pago pela empresa. Sem que haja fatos geradores não haveria como afirmar que houve transcurso de prazo decadencial. Colaciona jurisprudência administrativa e judicial.

Observa que o ágio ou deságio devem sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes sejam independentes entre si e ocupando posições opostas, e tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais, devendo haver o imprescindível substrato econômico, além de um dispêndio feito pelo adquirente que representará um ganho para o alienante.

Acusa que os ágios gerados e aproveitados dentro do Grupo Bunge não podem ser dedutíveis porque não preencheram todos esses requisitos, ao que passa a analisar cada um deles, individualmente, concluindo que em nenhum se verificou efetivo propósito negocial que não a mera geração artificial de ágios que possibilitessem a sua dedução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício, pondera que a interpretação supostamente literal do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, não permitiria afastar aplicabilidade dos juros de mora sobre a multa e que uma interpretação efetivamente literal conduziria à conclusão de que deve haver a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. Aqui também colaciona estudos doutrinários e jurisprudência administrativa e judicial.

Pede, ao final, seja negado provimento ao recurso especial manejado pela contribuinte, mantendo-se o acórdão proferido pela Turma Ordinária *a quo*, nos quesitos objeto da insurgência.

Distribuídos os autos para julgamento, notou-se que havia a necessidade de complementar o exame de admissibilidade do primeiro Recurso Especial interposto pela PFN. Com efeito, no apelo especial de e-fls. 8.342/8.373), a PFN alegou divergência jurisprudencial relativamente às seguintes matérias:

(i) correta caracterização da qualificação da multa de ofício, apresentando como paradigmas o Acórdão nº 1202-00.753 e o Acórdão nº 101-96.724;

(ii) exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, após o encerramento do ano-calendário, ofertando como paradigmas o Acórdão nº 1302-001.080 e Acórdão nº 1202-000.964;

(iii) exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, ainda que em concomitância com a multa de ofício, para a qual apresentou o paradigma de nº 1202-00.410.

Mas, no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 8.382/8.336, foram analisadas apenas as divergências relativas às matérias "correta caracterização da qualificação da multa de ofício" e "exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, ainda que em concomitância com a multa de ofício", deixando de se pronunciar sobre o tema relativo ao item "exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, após o encerramento do ano-calendário".

Além disso, quando analisou o tema da concomitância, cotejou o acórdão recorrido com o paradigma trazido para a divergência relativa à exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas após o encerramento do ano-calendário.

Assim, foi proposta a complementação do exame de admissibilidade (despacho de saneamento de e-fls. 8.899/8.904), sobrevindo a complementação pelo despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 8.923/8.930, proferido pela presidência da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF, em 24/07/2017. Por esse despacho aquela autoridade entendeu que restaram caracterizadas as divergências em relação às seguintes matérias: (ii) exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, após o encerramento do ano-calendário e (iii) exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, ainda que em concomitância com a multa de ofício.

O sujeito passivo tomou ciência desse despacho complementar, em 02/08/2017 (TERMO DE CIÊNCIA POR ABERTURA DE MENSAGEM de e-fl. 8.938) e em 14/08/2017 ofereceu contrarrazões complementares (e-fls. 8.941/8.950).

Em sua defesa reporta-se, inicialmente, às razões já apresentadas em contrarrazões a respeito do tema "exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, ainda que em concomitância com a multa de ofício", oferecendo razões inéditas apenas contra o tema "exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, após o encerramento do ano-calendário", observando, contudo, que reitera todos os argumentos de defesa deduzidos anteriormente.

Depois de trazer transcrições dos dispositivos legais debatidos reafirma que os recolhimentos efetuados mês a mês ou a ausência de recolhimentos em face de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, tem caráter provisório e somente o tributo devido ao final do período de apuração é que é definitivo.

Alega que após encerrado o período de apuração não mais deve ser exigida a multa isolada, mas somente a multa sobre o valor já definitivamente apurado. Observa, ainda, que o não pagamento de tributo implica em uma única conduta, e não duas, não mudando sua característica unitária o fato desse pagamento ser dividido em etapas.

Pondera que, se após o encerramento do período não se pode mais exigir estimativas, também não se pode exigir a penalidade correspondente, mas apenas da diferença não recolhida e eventual multa sobre esse valor.

Colaciona jurisprudência administrativa e pede, ao final, pela manutenção do acórdão recorrido nesse tema.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Delimitação do Litígio.

Conforme já relatado, a recorrida apresentou, em 23/09/2014, por intermédio de seus procuradores, petição declarando a desistência parcial do Recurso Voluntário interposto, bem como a renúncia ao direito em que se funda a discussão a respeito da amortização do ágio da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA (BIC) (e-fls. 8.308/8.322).

Nesse sentido consta a formalização do processo em apenso nº 16151.720093/2014-11, para o qual foram transferidos os débitos atinentes à essa parte do lançamento, que representa um crédito tributário no valor de R\$ 16.011.165,00, razão pela qual não há mais litígio em relação ao denominado "Ágio BIC".

À vista disso, não será mais objeto de discussão o tema atinente ao ágio da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA (BIC).

1) CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

1.1) DA CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA COM A EXIGIDA DE OFÍCIO

Como a Recorrida apresenta, em sede de contrarrazões, alegações no sentido de que não deve ser conhecido o Recurso Especial da PFN por inobservância de pressupostos regimentais, inicia-se pela análise de referidos questionamentos.

O primeiro deles se encaminha no sentido de que os paradigmas indicados pela PFN para o fim de caracterização de divergência jurisprudencial na comparação com o acórdão recorrido, na matéria referente à multa isolada sobre a falta de recolhimento de estimativas mensais, afrontariam a Súmula CARF nº 105 e, nessas condições, o apelo especial teria inobservado o que dispõe o art. 67, § 3º, do Anexo II, do RICARF e, assim, não poderia ser conhecido.

Na questão da multa isolada sobre a falta de recolhimento de estimativas mensais, a PFN apresentou duas teses divergentes. A primeira, referente à exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, após o encerramento do ano-calendário, ofertando como paradigmas o Acórdão nº 1302-001.080 e Acórdão nº 1202-000.964.

A segunda tese divergente se refere à exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, ainda que em concomitância com a multa de ofício. Para esta tese indicou como paradigma o Acórdão nº 1202-00.410.

Ocorre que este acórdão trazido pela Fazenda como paradigma para a tese da concomitância é no sentido de afastar a tese da concomitância para o ano-calendário de 1998, ou seja, para lançamento da multa isolada com base na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430/96. **Por conseguinte, no que diz respeito ao lançamento para exigência de multa isolada nestes autos, em concomitância com a multa de ofício, não se conhece do recurso da Fazenda Nacional**, posto que trouxe acórdão cuja legislação enfrentada era outra. E, para o ano-calendário de 2006, a tese defendida pela Fazenda estaria superada pela Súmula CARF nº 105. Mas salienta-se que em 2006, sequer houve lançamento concomitante da multa de ofício com multa isolada, posto que as penalidades isoladas dizem respeito a janeiro e fevereiro, e a de ofício, a dezembro.

Apenas para corroborar o fato de que esse paradigma contraria a Súmula CARF nº 105, o Acórdão da CSRF nº 9101-002.736, proferido nesse mesmo processo, em 4/4/2017, afastou o entendimento nele proferido pela câmara baixa.

Portanto, em relação à matéria "iii" - "exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, ainda que em concomitância com a multa de ofício", o Recurso Especial da PFN não preencheu os requisitos de admissibilidade e, portanto, não deve ser conhecido.

Porém, as multas isoladas ainda devem ser analisadas por esse colegiado por força da segunda divergência, qual seja, a da possibilidade de lançamento da multa isolada após o encerramento do ano-calendário, que foi admitida por meio de Despacho de e-fls. 8.923 e seguintes.

1.2) DA MULTA QUALIFICADA

Outra razão dada pela Recorrida para não conhecimento do Recurso Especial da PFN seria a ausência de divergência jurisprudencial em relação ao tema " caracterização da qualificação da multa de ofício".

Afirma a Recorrida que não há qualquer divergência de entendimentos entre as teses consignadas no acórdão recorrido e nos paradigmas, mas sim, falta de similitude fática entre as decisões comparadas.

Passa-se a analisar.

Na referida matéria da qualificação da multa, o acórdão recorrido deduziu a seguinte ementa:

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE.

Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para o percentual de 150% depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não houve dolo por parte do contribuinte, logo incabível a aplicação da multa qualificada.

No caso analisado pelo recorrido, a auditoria fiscal afirmou que a empresa autuada teria se valido de uma série de artifícios com o fim específico de se aproveitar de deduções de parcelas de amortização de ágios que teriam sido gerados artificialmente, em algumas situações transferidos para outras empresas do grupo, com a interposição/utilização de empresas veículos de existência efêmera e sem qualquer propósito negocial, em operações de reestruturações societárias em seqüência. É o que se verifica dos seguintes trechos extraídos do relatório que antecede aos votos:

Em resumo, após descrever as operações praticadas, acima resumidas, a fiscalização glosou as amortizações fiscais, questionando, de um modo geral, os seguintes pontos, em sua maior parte comum a todas as operações:

- A incorporação reversa consta no art. 264 da Lei das S.A., mas não pode ser realizada abusivamente ou como negócio indireto, em fraude à lei societária e tributária;

- Citando Marco Aurélio Greco, alega que a criação de uma pessoa jurídica tem que ter algum propósito negocial, não podendo ser efêmera. Sustenta ainda, que empresas veículo não tem a finalidade típica das empresas, tal como prevê o Código Civil;

- ainda citando o referido jurista, alega que o ágio somente deve ser proveniente de operações praticadas com terceiros;

- é inválida a transferência de ágios por meio de operações societárias praticadas dentro do grupo, implementadas por meio de “empresa veículo”;

- a utilização de empresa veicula revela a total falta de propósito negocial e inexistência de fundamento econômico das transformações societárias praticadas

[...]

- As provas mostram que a principal conduta foi a de impedir, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador, excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir as bases de cálculos do IRPJ e da CSLL, tendo como consequência a falta de pagamento dos referidos tributos, em montantes proporcionais ao ágio amortizado, transferido para a BF através de empresas veículo criadas exclusivamente para esse fim, além da criação artifical de um ágio a partir de

negociação ficta entre empresas totalmente subordinadas (ágio veiculado pela BI), nos moldes do art. 72 da Lei nº 4.502/64 (fraude).

Os agentes deixaram patente que a intenção foi a de impedir a ocorrência do fato gerador e a de excluir ou modificar suas características essenciais, tudo para tentar livrar a fiscalizada do IRPJ e da CSLL, como se infere, em suma, dos seguintes elementos:

[...]

Por tudo isso, concluiu a Fiscalização que a arquitetura do esquema que se desenhou, apesar de aparente legalidade com a formalização e com o registro de atos em órgãos apropriados deve ser vista como causa planejada para turvar a visão do Fisco, impedindo-o de ter conhecimento da redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

De outro giro, o colegiado *a quo*, em sua maioria, entendeu que a caracterização do dolo e da fraude somente se dá no caso de haver documentos falsificados, adulterados, notas fiscais frias, contabilidade que registre "caixa 2", conta bancária ficta, falsidade ideológica, etc... e que, no caso, por ausência desses tipos de patologia, não teria sido caracterizado o intuito doloso e fraudulento de lesar o Fisco. Por pertinente, recolho do voto o seguinte trecho:

Analizando os dispositivos do art. 20 da Lei nº. 1598/77, art. 7º e 8º da Lei nº. 9.532/97 não é possível identificar vedação expressa aos procedimentos adotados pela Recorrente.

Além disso, no caso presente, todos os atos foram praticados antes da materialização da hipótese de incidência prevista hipoteticamente em lei.

Não há registros de documentos falsos, inidôneos, fraudes em registros contábeis ou de qualquer natureza. Pelo contrário, todos os atos societários foram registrados nos órgãos competentes (CVM e Bacen), assim como na escrituração contábil e fiscal da Recorrente.

[...]

Embora parte das operações tenha sido realizada dentro do Grupo Bunge e exista uma proximidade de datas, tais indícios, confrontados com os fatos de que: **todas as operações praticadas pela Recorrente foram dotadas de publicidade; não houve apresentação ao Fisco de elemento inexato, documento inidôneo ou fraudulento, declarações falsas ou errôneas; não houve omissão de qualquer natureza; não foi comprovada simulação (o que sequer foi alegado pelas autoridades autuantes); e que, por fim, os atos praticados, isoladamente considerados, são válidos;** demonstram que, na verdade, estamos diante de erro de interpretação da lei, não devendo ser aplicada a multa qualificada.

A fraude à lei não pode ser confundida com erro de interpretação da lei, haja vista que, na fraude à lei, o ato em si é ilícito tendo em vista que o ordenamento jurídico proíbe sua prática.

Portanto, aqui, a falta ou insuficiência de pagamento de IRPJ e CSLL é decorrente da prática de atos dentro dos limites legais, não podendo, portanto, ser tida como uma fraude. (Negritou-se)

O primeiro paradigma apresentado para confronto com o recorrido recebeu, na mesma matéria, a seguinte ementa:

Acórdão nº 1202-00.753

MULTA QUALIFICADA.

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

Do relatório que antecede o voto proferido neste paradigma extrai-se que:

De acordo com o Relatório do Trabalho Fiscal (fls. 590 a 624), a autuação decorreu da desconsideração de diversas operações societárias simuladas que permitiram a amortização do ágio com o objetivo de redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, tendo sido aplicada a multa de ofício qualificada (150%), nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64 e exigida a multa isolada (50%) decorrente da falta de recolhimento das estimativas de IRPJ e CSLL, uma vez que o contribuinte optou pela apuração anual do IRPJ e da CSLL nos anos-calendário 2006, 2007 e 2008.

E do voto proferido neste paradigma, do qual recolho os seguintes trechos,vê-se a semelhança dos fatos com aqueles descritos no acórdão recorrido

De início, verifica-se que o ágio formou-se internamente, como destacou a autoridade fiscal, entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, embora sustente o contrário a recorrente.

[...]

Assim, verifica-se grupo econômico quando as empresas são controladas pelas mesmas pessoas, como é exatamente o caso dos autos, em que, de um lado, a Recorrente adquiriu participações de empresa (CAIMI BRASIL) constituída unicamente pelo capital de sua própria sócia (CAIMI SAC Chile). A cronologia das operações demonstra o grau de relacionamento entre as envolvidas:

[...]

Cabe ainda ressaltar que o sócio Sr. Severino Adolfo Oppelt, em 27/12/2004, era detentor da maior parte do capital da JOFECRED (99,5%), o que demonstra a **utilização da empresa JOFECRED como mero veículo na integralização do capital com ágio na Recorrente, visto que o sócio pessoa física passou a fazer parte da LIAISON através de empresa por ele controlada.**

[...]

Por lhe faltar fundamentação econômica, a reestruturação entre empresas do mesmo grupo econômico, engendrada com o objetivo de reduzir a tributação, não pode ser oponível ao Fisco, como é o caso dos autos.

[...]

Cabe ressaltar que, ao imputar a qualificação de simuladas **às operações efetuadas em seqüência**, a autoridade fiscal acaba por afastar a possibilidade de configuração de planejamento tributário lícito, consoante tem entendido a doutrina

moderna. Nesse caso, a inoponibilidade das operações ao Fisco decorre de sua própria ilicitude.

A recorrente aduz que meros indícios não seriam suficientes para afastar os efeitos de operações realizadas com propósitos lícitos e nos termos da lei. Ao contrário do que sustenta a recorrente, todavia, os indícios possuem alta relevância na formação da convicção daquele que aprecia casos de simulação.

[...]

No caso concreto, **dos elementos juntados aos autos se constata uma seqüência de negócios com aparência de regulares e visando certo efeito diverso do demonstrado**. Nesse caso, o vício na causa do negócio complexo leva ao reconhecimento de simulação de todo o conjunto de atos e negócios parciais.

[...]

Multa qualificada – 150%

Diante de todo o exposto em relação à infração, resta evidenciado que os negócios jurídicos foram praticados de forma simulada, nos termos do § 1º do art. 167 do Código Civil.

Verificou-se que, a partir do engendramento de operações societárias complexas e simuladas, **incluindo a participação de interposta pessoa (JOFECRED)**, pretendeu a recorrente, intencionalmente, subtrair-se à tributação, o que tornou tais operações ilegais, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a evasão tributária por meio de simulação. (Negritou-se)

Verifica-se que as situações em tudo se assemelham. Em ambos os casos verificou-se o surgimento de ágio artificial e uma seqüência de operações de reorganização societária com a utilização de empresas-veículo. Nas duas situações a auditoria fiscal entendeu que as operações eram desprovidas de propósito negocial e que visaram unicamente reduzir a tributação. Mas as conclusões a que chegaram os colegiados foram distintas.

No caso do recorrido houve acusação fiscal de utilização de empresas-veículo, houve acusação fiscal de que todo o planejamento - geração do ágio, transferência de ágio - ocorreu entre empresas do mesmo grupo Bunge, contudo a maioria do colegiado entendeu que não houve a prática de ato doloso para a configuração de ilícito fiscal e que haveria a necessidade, para a configuração do dolo e da fraude, que fossem apresentados documentos falsificados ou coisa similar para justificar a penalidade qualificada. Já para o paradigma, esse arranjo foi suficiente para caracterizar a simulação e fraude e, assim, manter a penalidade qualificada.

A comparação entre essas decisões caracteriza a divergência jurisprudencial.

Em relação ao segundo paradigma, observo, primeiramente, que houve equívoco na menção ao número da decisão no Recurso Especial.

Com efeito, a PFN, ao indicar o segundo paradigma, mencionou o Acórdão nº 101-96.668, mas fez a transcrição da ementa e o cotejo analítico com o Acórdão nº 101-96.724, que é o correto e que foi analisado pelo despacho de exame de admissibilidade do Recurso Especial da PFN.

Feita essa pequena observação, transcreve-se a ementa desse segundo paradigma apresentado para o tema:

Acórdão nº 101-96.724

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado.

MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.

E para demonstrar os fatos sobre os quais o colegiado do paradigma se pronunciou, reproduz-se os seguintes trechos do seu relatório:

A fiscalização glosou despesas com amortização de ágio, cuja contrapartida foi a reserva de ágio formada em 06/08/1998, por ocasião da incorporação, pela LIBRA TERMINAL 35 S/A, da empresa ZBT TERMINAIS SANTOS S/A.

Entendeu a fiscalização que a constituição da empresa ZBT TERMINAIS SANTOS S/A. e sua incorporação pela LIBRA TERMINAL 35 S/A foram meras simulações com o objetivo de criar despesas de amortização de ágio para deduzir da base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social.

[...]

A amortização do ágio foi considerada indevidável para efeito de apuração do lucro real, por ter a fiscalização concluído que a empresa ZBT teve sua criação vinculada exclusivamente à tentativa de ocultar a verdadeira operação promovida pela LIBRA TERMINAIS, com a intenção inequívoca de afastar a incidência tributária dos resultados contábeis na LIBRA TERMINAL 35 S/A, caracterizada pelos seguintes fatos:

a) A ZBT jamais operara os seus fins institucionais, evidenciado pela imediatidate entre a sua constituição e a operação triangular promovida pela LIBRA TERMINAIS S/A;

b) Os recursos que supostamente deram lastro à engenhosa operação de engenharia tributária promovida pela LIBRA TERMINAIS jamais implicaram qualquer desembolso ou investimento por parte da empresa, cingindo-se tão somente a uma reavaliação de seus ativos com o intuito de gerar despesas com a amortização do ágio;

c) Em junho de 1998, a ZBT teve a sua constituição e abertura e neste mesmo ano não declarou qualquer atividade, tendo apresentado um capital inicial de R\$ 1.000,00. Em agosto de 1998 a empresa aumentou seu capital de R\$ 1.000,00 para R\$ 123.157.000,00, que foi integralizado pela LIBRA TERMINAIS com ações da LIBRA TERMINAL 35. Com isso a ZBT passou à condição de investidora na LIBRA TERMINAL 35, e foi extinta por incorporação pela investida (LIBRA TERMINAL 35). Tudo isso sem qualquer desembolso financeiro, apenas com uma

nova avaliação a mercado, baseada em resultados futuros, conforme se depreende de um laudo de avaliação;

Esclareceu a fiscalização que o objeto da autuação não se prende ao ato da incorporação ou à sua legalidade, e sim às repercussões tributárias decorrentes do referido ato, as quais evidenciaram o propósito único de provocar a redução do resultado contábil e Fiscal.

Tais fatos ensejaram a qualificação da penalidade.

Sobre eles, assim se pronunciou o colegiado paradigmático:

Assim, a controvérsia se situa entre a caracterização da seqüência de operações como simulação, como quer o autuante, ou como legitima estruturação societária, como quer a Recorrente

[...]

É de todo evidente que a operação foi articulada pelas pessoas físicas que, direta ou indiretamente, controlam o capital das empresas envolvidas, para criar, formalmente, uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei nº 9.532/97.

A sucessão dos atos, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa por incorporação revelam que nunca houve a intenção real de constituir uma empresa (a ZBT, constituída em junho de 1998 e extinta em agosto de 1998) para efetivamente operar segundo seu objetivo social, mas sim de criar uma sociedade efêmera, de passagem, que possibilitasse um registro de ágio a ser amortizado por empresa do grupo.

[...]

Nada do que foi trazido no recurso sensibiliza meu espírito a ponto de produzir dúvida quanto à inexistência de fato da ZBT, que foi constituída exclusivamente para possibilitar a formação de um ágio, passível de gerar despesa de amortização. (Negritou-se)

Assim, os fatos analisados pelo acórdão recorrido e pelo paradigma acima são extremamente similares, mas as conclusões a que chegaram os colegiados a respeito da qualificação da multa sobre esses fatos foi dissonante, o que caracteriza a divergência jurisprudencial.

Para a divergência relativa ao prazo decadencial, quando há aplicação de multa qualificada, não há argüição nas contrarrazões para não se conhecer do recurso e, de fato, a divergência também está caracterizada nos termos do despacho de e-fls. 8.841/8.848.

Portanto, o Recurso Especial da PFN deve ser parcialmente conhecido, apenas no que respeita aos seguintes temas:

- (i) correta caracterização da qualificação da multa de ofício;**
- (ii) exigência de multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas, após o encerramento do ano-calendário; e**

(iii) regra de prazo decadencial no caso de aplicação de multa qualificada.

2) CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO SUJEITO PASSIVO

2.1) DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO QUESTIONAR A FORMAÇÃO DOS ÁGIOS

O Recurso Especial do sujeito passivo é tempestivo, como assentou o despacho que o admitiu. Isto porque a ciência do acórdão integrativo nº 1402-002.145 se deu em 20/06/2016, conforme demonstra o Termo à e-fl. 8.546, e o Apelo Especial foi apresentado em 04/07/2016 (e-fl. 85.47 do e-processo).

Contudo, identifica-se equívoco no tocante à sua admissibilidade, pois inexiste similitude fática em relação à divergência relativa ao tema “Decadência do direito de o Fisco questionar a formação dos ágios”, cujos paradigmas indicados foram os acórdãos nº 101-97.084 e nº 107-09.545.

É que, no acórdão recorrido, o tema foi assim resumido em ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

PRELIMINAR. DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

O art. 113, § 1º, do CTN aduz que “A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advém dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.”

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

No voto condutor consignou-se que para início da contagem do prazo decadencial, deve-se ater à data de ocorrência dos fatos geradores, e não à data de contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura. Até mesmo à vista do que dispõe o art. 113, § 1º, do CTN, de que “*A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador*” sendo papel do Fisco efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do mesmo CTN, procedimento administrativo tendente a verificar, justamente, a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Assinalou-se que o lançamento, dado seu caráter constitutivo do crédito tributário, somente pode ser realizado após a ocorrência do fato gerador e, consequentemente, do surgimento da obrigação tributária e que não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuinte a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Observou-se que o prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador, iniciando-se sua contagem conforme estatuído no art. 150, § 4º, do CTN, ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

O primeiro paradigma indicado para este tema, por sua vez, recebeu a seguinte ementa:

Acórdão nº 101-97.084

IRPJ — DECADÊNCIA — Uma vez expirado o prazo previsto no art 150 § 4º, a Fiscalização não está autorizada a promover revisão dos fatos ocorridos e registrados anteriormente, pois que alcançados pelo instituto da decadência. Não prevalece a exigência em relação aos valores submetidos à tributação como consequência da inobservância da regra que tornara imutáveis os fatos espelhados nos registros contábeis mantidos

Extrai-se da referida decisão os seguintes trechos que muito bem demonstram os fatos sobre os quais o colegiado se debruçou:

A matéria sob exame diz respeito à glosa da amortização do ágio e da de variação cambial passiva nos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, cujos fatos decorreram das operações efetuadas pela interessada no ano-calendário de 1995, sob a acusação fiscal da ocorrência de evasão de divisas do país

Consta do Termo de Verificação Fiscal a acusação de irregularidade abaixo reproduzida, a qual foi também transcrita no voto condutor do arresto recorrido.

A simulação, em tese, caracterizada pelos eventos narrados, trouxe, na esfera tributária, influências que ora tratamos de corrigir, assim é imperativo a glosa da amortização do ágio, ocorrido na época da incorporação (ano calendário 1995), no valor de US\$ 46.800.000,00, equivalente à época em R\$ 45.405.306,00. Vide cópia de declaração de 1996 (fls. 260 a 265) onde não aparece tal movimento na conta específica de ágio (fls. 263 verso). (grifei).

Considere-se que a amortização do ágio não pode ser apurada formalmente, devido a omissão de informação por parte do fiscalizado, todavia, a norma contábil e seus princípios gerais indicam que ao incorporar, o valor do

investimento é substituído pelas contas do ativo e passivo da incorporada, o que sobra é o ágio que mercê da não existência da empresa, como investimento, tem, conto único lugar contábil possível de acolher tal valor as contas de resultado (vide cópia da Declaração do Imposto de renda do ano-calendário 1996, onde não aparece a conta de ágio, que conforme o contribuinte foi lançado no ativo, nem tampouco se verifica na conta de investimento (fl. 252 a 265, especificamente a fl. 263 verso).

A glossa de variações cambiais no período de 1995 a 2001, conforme quadro composto por esta fiscalização, baseado nas poucas informações que dispúnhamos, mas que fecha com o saldo (única informação) da conta do passivo onde registrava a dívida com a empresa Hogan Promotions (fl. 268).

Sobre tais fatos, assim decidiu o colegiado paradigmático:

Ora, como se depreende do relato e da transcrição acima, os valores não constam de qualquer documento e/ou registro contábil da recorrente, eis que, como informa a própria autoridade autuante, a amortização do ágio não pode ser apurada formalmente devido a omissão de informação por parte da contribuinte.

Assim, partiu a fiscalização para uma mera dedução de que, em tese, e de acordo com os princípios gerais, o único lugar contábil possível de acolher o valor do ágio seria as contas de resultado

Pois bem, quanto a isso, é uma dedução muito lógica, mas como pode a fiscalização afirmar que a empresa procedeu a amortização do ágio no período compreendido entre os anos de 1996 e 2001?

Ora, trata-se de uma mera ilação, limitando-se a ação fiscal a afirmar que não consta a conta de ágio na conta do ativo, nem tampouco na conta de investimento na DIPJ ano-calendário de 1996. Ou seja, se não aparece em nenhuma conta do ativo ou de investimentos no ano-calendário de 1996, significa que a empresa registrou como despesa no próprio ano-base de 1996.

[...]

No que tange à questão da decadência, o procedimento fiscal sob exame começa de forma equivocada. Parte do pressuposto de que os atos praticados, porque constituiriam "simulação", não estariam cobertos por decadência, em prazo algum (parágrafos terceiro e quarto da fl 3.32 do TVF).

[...]

Vê-se, notadamente, dos fatos apreciados pelo paradigma, que eles não guardam similaridade com aqueles tratados pelo recorrido. Neste primeiro paradigma, a auditoria fiscal admitiu que não pode apurar o momento da amortização do ágio, e fê-lo por "dedução", por considerar que, por não constar o registro do ágio na conta de ativo ou na conta de investimento, o único lugar passível de acolher o ágio apurado e pago no ano de 1995 seria as contas de resultado e, mais uma vez, por dedução, entendeu que se deu a amortização do ágio no período que vai do ano de 1996 a 2001. E, ainda, por entender que os atos teriam sido simulados pelo sujeito passivo, também não respeitou regra alguma de contagem de prazo decadencial para efetuar o lançamento.

No caso do recorrido, a arguição do sujeito passivo é de que o Fisco não poderia analisar operações de reestruturação societária ocorridas há mais de 5 (cinco) anos,

pelas quais foram gerados ágios, para afirmar que tais operações não seriam oponíveis à Fazenda Pública, de modo a implicar na glosa da dedução de parcelas de amortização desses ágios em períodos posteriores, não alcançados pelo prazo decadencial.

Não há como comparar situações distintas para o fim de caracterizar divergência jurisprudencial, já que as diferenças de conclusões dos colegiados não advieram da interpretação da legislação tributária, mas sim da ausência de similitude fática entre os casos.

O segundo acórdão indicado como paradigma para esta matéria tem a seguinte ementa:

Acórdão nº 107-09.545

DECADÊNCIA - OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL - GLOSA DE ÁGIO.

O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa.

Reproduz-se, abaixo, trechos do voto proferido no paradigma para que se esclareçam os fatos por ele analisados:

Da glosa do ágio de R\$ 26.439.785,00, originado na subscrição, em 20.12.95, de aumento de capital na VONPAR REFRESCOS, integralizado pela fiscalizada, mediante a conferência das ações da KAIK Participações:

Segundo a fiscalização o ágio é indedutível, posto que foi calculado incorretamente. Considerou como correto ágio no valor de R\$ 1.636,65. O equívoco cometido pela VONPAR — MAXXI deveu-se ao fato de a empresa não ter levado em consideração em seu cálculo que praticamente não houve alteração na sua participação percentual no capital social da investida quando da subscrição do aumento de capital, que era de 60,2666% e passou a ser 60,2676%. Correto o procedimento da fiscalização.

O valor de R\$ 1.636,65, segundo a fiscalização também é indedutível do lucro real por se tratar de ágio na subscrição de ações, uma vez que pelo seu entendimento, não existe previsão legal para dedução do ágio na subscrição de ações.

Em relação à alegada decadência, não acolho a alegação da recorrente de que teria decaído o direito do fisco de questioná-la.

O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa.

Não há como este paradigma possa contrariar o que disse o recorrido. Ao contrário, o que se verifica é convergência de conclusões pois, em ambas as decisões, os colegiados assentaram o entendimento de que não é vedado ao Fisco analisar fatos que tenham ocorrido no passado, em períodos abrangidos pela decadência, quando destes fatos vierem a ser produzidos efeitos tributário futuros, em períodos não alcançados pelo prazo decadencial, desde que somente se dê eventual lançamento em relação aos fatos e períodos não alcançados pela decadência.

Salienta-se que este paradigma tratou de autuação de omissão de ganho de capital na alienação de investimento que ocorreu em 2000. Porém essa omissão foi identificada por entender a Fiscalização que houve a baixa de um ágio inexistente. Ocorre que neste caso, a Fiscalização não buscou tratar os efeitos tributários da amortização do ágio. Mas sim, glosar o custo do investimento, tendo retrocedido a um período de formação do ágio (1995), motivo pelo qual a relatora entendeu pela impossibilidade de lançamento. Por oportuno, transcreve-se a parte que, tivesse a Fiscalização feito o que foi feito no presente lançamento, o entendimento seria convergente com o do acórdão recorrido:

Sem entrar no mérito da questão do prazo decadencial, entendemos que a fiscalização tinha dois caminhos viáveis:

a) voltar-se contra a não tributação pelos sócios do grupo VONPAR da mais valia atribuída ao investimento em 1995;

b) taxar como "ágio de si mesmo" (simulação) a mais valia contabilizada na VONPAR-MA)OCI, quando da recepção do investimento na VONPAR-VONPAR (1995) e glosar os efeitos que se deram, já na VONPAR REFRESCOS, que se utilizou da empresa veículo (VONPAR CORRETORA) para amortizar o ágio.

Entretanto a fiscalização escolheu um terceiro caminho, pois glosou parte do custo do investimento na VONPAR REFRESCOS, representada pelo ágio nele "pendurado" quando da integralização de capital na CORRETORA (2000).

Com efeito, a fiscalização retrocedeu ao período da formação do ágio (1995) para, ora atribuir à recorrente uma perda de capital não dedutível, ora atribuir-lhe uma reserva de reavaliação realizada, tudo para "forçar" a desconsideração de parte do custo do investimento dado em integralização de capital na Corretora. (Negritou-se)

Portanto, a divergência jurisprudencial suscitada para este tema não se caracterizou.

Assim, conheço do Recurso Especial da contribuinte apenas no tocante aos demais temas divergentes, quais sejam:

- (i) dedutibilidade, para fins fiscais, dos ágios apurados em aquisições de investimentos e;**
- (ii) incidência de juros sobre a multa de ofício.**

3) Mérito do Recurso Especial do Contribuinte e do Recurso Especial da Fazenda Nacional

Verifica-se que a maior parte da questão meritória dos autos foi devolvida para apreciação deste Colegiado Superior, uma vez que ambos os Recursos Especiais - da PFN e do Sujeito Passivo - foram admitidos em quase todas as questões divergentes levantadas. Isso inclui todas as operações que envolveram a amortização dos ágios, como também as questões adjacentes, como a decadência do ano-calendário de 2005, a multa qualificada e os juros sobre a multa de ofício.

3.1) DAS OPERAÇÕES COM ÁGIO

De início, ressalta-se que o sujeito passivo reconhece que se valeu de empresas-veículo nas operações de reestruturação societária em sequência. Não nega que um dos objetivos das reestruturações foi o de possibilitar ganho financeiro com a amortização de ágios, como defende o Fisco. Não contesta a falta de confusão patrimonial entre reais investidores e investidas, em algumas das operações. Apenas discorda dessa interpretação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, adotada pela decisão recorrida.

Nesse contexto, entende que tais situações, se não são proibidas pela lei, então não são ilegais. Não sendo ilegais, então deve-se delas abstrair para que sejam analisados os reais efeitos produzidos por tais operações, inclusive os tributários.

Ocorre que, por diversas oportunidades, esta 1ª Turma da CRSF vem se defrontando com casos em que operações societárias e movimentação de recursos precedem a incorporação de empresa adquirida com ágio junto à terceiros, incorporação essa que enseja a amortização do ágio pelo permissivo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Em todas elas, a averiguação da correção da dedução do ágio amortizado nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL não se restringe à legitimidade de origem do ágio e aos aspectos formais das operações. A confusão patrimonial entre a real investidora e a investida é requisito indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, afastando-se situações artificiais em que a incorporação não envolve a real investidora.

Cite-se, por exemplo, o acórdão nº 9101-002.304 (de 6 de abril de 2016) e o nº 9101-002.312 (de 3 de maio de 2016), ambos da lavra do Conselheiro André Mendes Moura. Transcreve-se a bem traçada ementa do primeiro julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação

da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepção um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO

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

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

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

Mencione-se também os acórdãos nº 9101-002.428 (de 18 de agosto de 2016) e nº 9101-002.470 (de 21 de novembro de 2016), em que o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo figurou como Relator, valendo transcrever o trecho a seguir da ementa do último julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

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

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da

"confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

Cite-se, por fim, o acórdão nº 9101-002.213 (de 3 de fevereiro de 2016), da lavra do ex-Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, cuja ementa é transcrita a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

No antes referido acórdão nº 9101-002.470, o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo foi preciso ao situar a figura do investidor de fato, que suporta o ágio, e a confusão patrimonial, efetiva e não aparente, nos componentes pessoal e material das regras de amortização do ágio que o RIR/1999 traz, nos arts. 385 e 386, da Lei nº 9.532, de 1997, e no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Caso o ágio não tenha sido de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não restarão satisfeitos nem o aspecto pessoal da norma nem o material, não havendo *"sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999"*. Confira-se:

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

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

(...)

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro

e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendidos os recursos aportados e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade.

Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

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

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial".

Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação "às avessas").

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

Aliás, o Conselheiro André Mendes Moura demonstra no acórdão nº 9101-002.304 que, independentemente da "genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada", o investidor originário é, de fato, aquele de quem partem a decisão e os recursos para a aquisição do investimento com sobrepreço. Veja-se:

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

Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a investidora originária.

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

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

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

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

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

Compartilha-se, por conseguinte, com o fundamento de todos esses acórdãos e com o acórdão recorrido, no sentido de que, diferentemente do entendimento adotado pela empresa autuada, a interpretação dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532, de 1997 somente admite a dedutibilidade da amortização do ágio se investida ou investidora tiverem arcado com o ônus efetivo do ágio.

Por certo que a interessada tem o direito de se organizar da maneira que melhor julgar. Mas esse direito não é ilimitado e deve supor a existência de causas reais que levem a tal fim. Há grande diferença entre operações que objetivam os negócios empresariais e operações que objetivam reduzir artificialmente a carga tributária.

A contribuinte alega que tudo foi legal. São praxe alegações no sentido de que, se não está proibido pela lei, então tudo é permitido.

Contudo, como já disse Sandra Maria Faroni, ao proferir voto no Acórdão nº 101-95.537:

A mais moderna corrente doutrinária entende que a ótica da análise não deve ser sob o ângulo da licitude ou ilicitude (a licitude é requisito prévio), mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco. O conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito, que abrange, além da lei, os princípios jurídicos. Assim, cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

Naquele caso, o sujeito passivo também invocava um planejamento tributário lícito (elisão fiscal) e não uma evasão de tributos. E a conselheira, citando ensinamento de Ricardo Mariz de Oliveira, assim se pronunciou:

Ricardo Mariz de Oliveira, já em 1997 ensinava que a elisão, além de resultar da prática ou da não prática de atos ou negócios anteriores à ocorrência do fato gerador (para evitá-la) visando à economia tributária, para ser legítima, deve decorrer de atos ou omissões que não contrariem a lei, e de atos ou omissões efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. (*OLIVEIRA, Ricardo Mariz de "Fundamentos do Imposto de Renda", 1977, Ed. Revista dos Tribunais, p. 303*).

A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito e, nessas condições, sem qualquer propósito negocial. Como tal, uma vez provado tratarem-se de operações com esta razão principal, como restou provado nestes autos, pode o Fisco recusar-se a aceitar seus efeitos no âmbito tributário de modo a neutralizar os efeitos fiscais do excesso abusivo.

No que se refere à utilização de empresas-veículo, é necessário lembrar, na linha dos pronunciamentos da Comissão de Valores Mobiliários - CVM (Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/01), que o uso de empresa-veículo visando o aproveitamento antecipado do benefício fiscal trazido pelo art. 7º, da Lei nº 9.532/97, distorce a figura da incorporação em sua dimensão econômica.

Em regra, concebe-se como empresa-veículo aquela que recebe da investidora participação societária com ágio como forma de integralização de capital e passa por processo de fusão, cisão ou incorporação - inclusive às avessas - de maneira a criar as condições de atendimento aos requisitos legais para dedução das amortizações do ágio integrante do seu patrimônio, no mais das vezes sendo criadas para esse fim específico, com curta duração sem apresentarem atividade operacional ou até mesmo quadro de empregados.

É a pessoa jurídica criada no seio de um grupo empresarial sem qualquer propósito negocial ou objetivo de exploração de atividade econômica, servindo apenas para transferência de ágio de outra sociedade com o fim único de proporcionar artificialmente as condições para amortização do ágio transferido, conferindo aparência de legalidade à consequente redução da base de cálculo tributável segundo a permissão do art. 386 do RIR/1999.

A empresa-veículo não participa do fato econômico original constitutivo do ágio, não integra nenhum dos pólos, seja na condição de investidora ou de investida. Surge na cadeia de operações após o evento inicial, cumprindo o seu papel de intermediária, que é o de transferir o ágio para a pessoa jurídica que irá deduzi-lo, em conformidade com o planejamento tributário estipulado pelas partes interessadas.

Nos arranjos societários em que se utiliza de empresas-veículo, tem-se, então, que quem arca com o efetivo ônus relativo ao ágio não é nem a pessoa jurídica incorporada, nem a incorporadora. Portanto, não se tem a confusão patrimonial necessária para a amortização de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Com apoio nessas premissas, passa-se a analisar cada um dos ágios constituídos e glosados pela autoridade fiscal, na ordem cronológica das operações, tal como

efetuado pelo acórdão recorrido, com exceção do denominado "Ágio BIC", porque, como dito, a parcela do crédito tributário a ele correspondente não se encontra mais em litígio.

3.1.1 ÁGIO ANDELY: R\$ 49.936.475,94

Estes são, em resumo, os fatos que deram surgimento ao denominado "ágio ANDELY", cujas amortizações anuais somam R\$ 4.993.647,60:

1 - a ANDELY, CNPJ 03.584.439/0001-25, foi constituída em 07/01/2000, pelos sócios Maria Cristina Cescon Avedisan (99%) e José Roberto de Camargo Opice (1%), ambos advogados, com um capital de R\$ 100,00, conforme breve relato da JUCESP;

2 - na 1^a alteração, de 26/03/2000, registrada na JUCESP em 11/04/2000, Maria Cristina transferiu suas 99 quotas para a Bunge Foods Limited e José Roberto transferiu sua quota para Mario Alves Barbosa Neto, ficando a administração a cargo de Mario Alves Barbosa Neto e da Bunge Foods, que a delegou a Vital Jorge Lopes, sendo a sede transferida para a Av. Maria Coelho Aguiar, nº 215, bloco D, 5º andar, parte;

3 - na 2^a alteração, de 12/04/2000, registrada na JUCESP em 10/05/2000, o capital da ANDELY foi aumentado para R\$ 145.192.100,00, tendo a Bunge Foods Limited subscrito e integralizado todas as quotas;

4 - com esses recursos, no mesmo dia 12/04/2000, a ANDELY adquiriu o controle acionário da MANAH S.A. (MANAH), empresa do ramo de fertilizantes. Foi divulgado um comunicado para o mercado (fato relevante) noticiando a aprovação do aumento de capital na empresa MANAH, no valor de R\$ 140.000.000,00, baseado exclusivamente nas cotações de mercado das ações preferenciais, acrescido de ágio. A ANDELY subscreu e integralizou esse aumento, pagando o correspondente ágio na subscrição das ações da MANAH.

5 - o ágio, no valor de R\$ 49.985.798,70, foi registrado na contabilidade da ANDELY e teve como fundamento a expectativa de rentabilidade futura.

6 - em 31/08/2000, a MANAH incorporou a ANDELY, fato também divulgado por meio de "fato relevante", operação que ensejou o início das amortizações do ágio apurado.

7 - mais adiante, a MANAH teve sua razão social alterada para BUNGUE FERTILIZANTES S.A. (BF), a ora autuada.

8 - a DIPJ da ANDELY, de 01/01/2000 a 31/08/2000, mostra que: *(i)* tinha participação de 21,23% no capital total da MANAH; *(ii)* não há informações sobre contas caixa ou bancos; *(iii)* só há saldos, no ativo, de créditos com pessoas ligadas, participações em coligadas e ágio em investimentos; *(iv)* não há informações de despesas com remunerações, salários ou encargos sociais.

A auditoria fiscal deduziu, a respeito das operações envolvendo a apuração e a amortização do denominado "ÁGIO ANDELY", o seguinte (TVF página 64):

Por tudo o que foi verificado e descrito neste item e subitens, a única função da sociedade Andely Holding, controlada integralmente pelo grupo Bunge, foi a de servir como empresa veículo para o investimento e o ágio na Manah S.A para apôs

uma incorporação reversa possibilitar a dedução do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL na incorporadora, ajustando-se à hipótese prevista no art. 386, III, c/c o art. 385, § 2º, II, ambos do RIR/1999.

Ou seja, a ANDELY HOLDING LTDA., foi constituída em 07/01/2000, tendo por capital social o valor de R\$ 100,00 (cem reais) e como sócios dois advogados - Maria Cristina Cescon Avedisan, com 99% do capital social e José Roberto de Camargo Opice, com 1% do capital social e, apenas dois meses depois, em 26/03/2000, foi transferida para a BUNGE FOODS LIMITED que, em aproximadamente 15 (quinze) dias - 12/04/2000 - aumentou o capital social da ANDELY para R\$ 145.192.100,00, totalmente subscrito e integralizado pela BUNGE FOODS LIMITED, conforme contratos de câmbio já mencionados.

Com os recursos oriundos do novo capital social subscrito pela BUNGE FOODS LIMITED na ANDELY, esta adquiriu o controle acionário da MANAH S.A. Fertilizantes, subscrevendo, integralizando esse aumento e pagando o correspondente ágio na subscrição das ações da MANAH.

A ANDELY passou a ter em seu ativo não mais contratos de câmbio, mas, sim, recebíveis (pouco mais de R\$ 1.000.000,00) e ações da MANAH (atual BF) registradas por R\$ 49.322,76, como investimento, e por R\$ 49.936.475,94, como ágio, sem saldos em conta caixa ou bancos, sem empregados, e com **prejuízo registrado** de mais de R\$ 94.000.000,00. O controle da MANAH (pouco mais de 57% do seu capital) foi adquirido por meio de outras empresas do GB, conforme "Fato Relevante". O ágio, no valor de R\$ 49.985.798,70, foi registrado na contabilidade da ANDELY.

Oito (8) meses após a constituição da ANDELY, a MANAH a incorporou, divulgando o evento por meio de "fato relevante", operação essa que ensejou o início das amortizações do ágio apurado.

A autuada defende a dedutibilidade da despesa com amortização do ágio registrado pela ANDELY, a partir da incorporação desta empresa pela MANAH, em 31/10/2005. Afirma que esse ágio decorreu de um efetivo dispêndio financeiro e de uma operação com inegável propósito negocial, assim como fora absorvido por meio de uma incorporação empresarial válida.

Ocorre que o efetivo dispêndio financeiro foi feito pela BUNGE FOODS LIMITED. Foi com os recursos aportados pela BUNGE FOODS LTD que a ANDELY adquiriu as ações da MANAH com ágio. Ou seja, o ônus financeiro foi suportado verdadeiramente pela BUNGE FOODS LTD. Nessas circunstâncias, não houve a necessária "confusão patrimonial" entre a real investidora - no caso a BUNGE FOODS LTD - e a investida, a MANAH, porque a incorporação se deu entre ANDELY e MANAH - a MANAH incorporou a ANDELY.

Em verdade, a ANDELY foi criada especialmente para servir de veículo que possibilitasse a amortização do ágio gerado na MANAH por meio de uma incorporação reversa. Isto porque se houvesse a aquisição direta pela BUNGE FOODS LTD. das ações da MANAH, não seria possível o aproveitamento fiscal do ágio.

Em face disso, trata-se de dedução que não está amparada nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, motivo pelo qual deve ser mantida a atuação fiscal relativa a essa operação.

Multa Qualificada

Conforme observou a autoridade julgadora de 1^a Instância, a relação entre o ágio e o investimento, neste caso, foi desproporcionalmente alta, de cerca de 1000 para 1, ao passo que cerca de 2/3 do capital aportado em contratos de câmbio se transformaram em prejuízo.

No protocolo de incorporação e justificação da ANDELY, consta expressamente (DOC 169 - e-fls. 1.859/1.861):

1. JUSTIFICAÇÃO

As administrações das partes entendem que a incorporação pela MANAH da ANDELY, com sua consequente extinção, **se justifica na medida em que permitirá a melhoria do fluxo de caixa da MANAH, resultante do crédito fiscal gerado pela amortização do ágio pago pela ANDELY quando da aquisição de ações de emissão da MANAH**. O patrimônio líquido da ANDELY é representado exclusivamente por recebíveis e pelo investimento na MANAH, incluindo o ágio apurado na sua aquisição. A operação de incorporação objeto deste Protocolo não afetará os dividendos futuros a serem atribuídos às ações detidas pelos acionistas não controladores, em razão da amortização do ágio, acima referido. (Negritou-se)

Também consta do item 2.3 do referido protocolo:

2.1. **Aumento do Patrimônio da Incorporadora**: A incorporação da ANDELY acarretará o aumento do patrimônio líquido da MANAH, de R\$ 218.011.487,86, para R\$ 268.980.146,18. Do patrimônio da ANDELY a ser incorporado, no valor total de R\$ 50.968.658,32, o valor de R\$ 49.936.475,94 será destinado à reserva especial de ágio na incorporação, na forma do art. 6º da Instrução CVM nº 319/99, e o valor de R\$ 1.032.182,38 será destinado à reserva de capital.

E, ainda, o item 3.1 do protocolo de incorporação:

3. FUTURO AUMENTO DE CAPITAL DA INCORPORADORA.

3.1. **Capitalização da Reserva Especial de Ágio na Incorporação**: Na medida em que a MANAH vier a auferir o benefício fiscal decorrente da amortização do ágio pago pela ANDELY na aquisição das ações de emissão da MANAH, conforme autorizam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e os arts. 385 e seguintes do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, o correspondente crédito representado por parcela equivalente da reserva especial de ágio constituída nos termos do item 2.3 acima, será objeto de capitalização em favor dos quotistas da ANDELY. O aumento de capital em questão será efetivado mediante a emissão de ações ordinárias e preferenciais, observada a proporção entre as ações ordinárias e preferenciais então existentes, sendo assegurado o direito de preferência dos demais acionistas à subscrição dessas ações resultantes.

Como se vê, a organização dos negócios que envolveram o referido rearranjo societário já vislumbrava, de ante-mão, o benefício fiscal da amortização do ágio gerado na MANAH, pelo aumento de seu capital social, integralizado pela ANDELY com o aporte feito pela BUNGE FOODS LIMITED.

Ademais, a MANAH - atual BF - ao incorporar a ANDELY em 31/08/2000, incorporou o ágio de si mesma, de R\$ 49.936.475,94, com amortização anual de R\$ 4.993.647,60.

Além disso, como visto no relatório, a DIPJ da ANDELY, de 01/01/2000 a 31/08/2000, demonstra que

- (i) tinha participação de 21,23% no capital total da MANAH;
- (ii) não há informações sobre contas caixa ou bancos;
- (iii) só há saldos, no ativo, de créditos com pessoas ligadas, participações em coligadas e ágio em investimentos;
- (iv) não há informações de despesas com remunerações, salários ou encargos sociais.

A DIPJ também mostra que o PL da MANAH evoluiu de R\$ 75.029.537,13 para R\$ 82.617.416,38, na data da incorporação. Mas o Termo de Verificação Fiscal aponta que o PL da MANAH já era, por ocasião da incorporação da ANDELY, de mais de R\$ 218.000.00,00, passando a ser, depois da sua incorporação, de quase R\$ 269.000.000,00 (e-fl. 7430).

A diferença, em 31/08/2000, entre o PL apontado no Termo de Verificação Fiscal e o da DIPJ, é de cerca de R\$ 135.000.000,00. Ou seja: o Termo de Verificação Fiscal mostra um PL da MANAH cerca de 200% maior do que o da DIPJ. A grosso modo, o PL da MANAH passou, no breve período de 8 meses, de cerca de R\$ 75.000.000,00 para cerca de R\$ 218.000.000,00, antes da incorporação da ANDELY.

Diante desses fatos não há como negar que a ANDELY serviu apenas como veículo a possibilitar a amortização de ágio.

No Recurso Especial a contribuinte assim justifica a operação envolvendo o "ÁGIO ANDELY" (página 24 do REsp):

De fato, no caso da Andely, sua criação e posterior incorporação reversa evitou complicações operacionais, visto que a Manah, como grande empresa do ramo de fertilizantes, tinha contratos, inscrições registros, entre outras formalidades inerentes ao seu funcionamento, de forma que o seu desaparecimento por incorporação (caso fosse ela a incorporada) acabaria trazendo inúmeros transtornos e trabalhos burocráticos, que poderiam ser evitados com a incorporação reversa. Os mesmos transtornos ocorreriam caso a Bunge Foods não tivesse constituído a Andely, pois, nesta hipótese, seria ela a empresa que passaria por inúmeros transtornos burocráticos. Assim, uma vez eficiente e válida de evitar tais inconvenientes era implementar a operação por meio da constituição da Andely para adquirir o investimento, com sua posterior incorporação pela Manah.

Com a devida vênia às argumentações, não é o que se vê dos fatos aqui narrados.

Com efeito, se as empresas tinham atividades operacionais, por que razão incorporar? A explicação da contribuinte, na verdade, corrobora a tese de que houve a criação

de uma pessoa jurídica veículo e uma reorganização societária com o único intuito de reduzir carga tributária.

De acordo com o Protocolo de Incorporação e Justificação destacado pela Fiscalização no TVF, e-fl. 59, verifica-se:

[...]as administrações das partes entendem que a incorporação pela Manah de Andely, com sua consequente extinção, se justifica na medida que **permitirá a melhoria do fluxo de caixa da Manah, resultante do crédito fiscal gerado pela amortização do ágio pago pela Andely quando da aquisição das ações de emissão da Manah. O patrimônio líquido** da Andely é representado exclusivamente por recebíveis e pelo investimento na Manah, incluindo o ágio apurado na sua aquisição...[...] (Destaques do TVF).

A efemeridade da existência da ANDELY é fato. Não há propósito negocial na criação da ANDELY que não seja o de viabilizar a futura - e muito rápida - amortização de ágio gerado artificialmente. A ANDELY, em sua curta existência, não produziu riqueza alguma. Não efetuou nenhuma operação comercial ou financeira. Não contratou funcionários nem pactuou com fornecedores ou clientes. Nada, absolutamente nada. Foi criada, como que "por encomenda" em janeiro/2000, por dois advogados, com capital social irrisório de R\$ 100,00, para apenas alguns meses depois ser incorporada por uma grande empresa do ramo de fertilizantes, a MANAH, hoje BUNGE FERTILIZANTES, propiciando com essa incorporação que a MANAH passasse a amortizar um ágio milionário gerado na própria MANAH no meio desse caminho.

É evidente a realização de uma seqüência de operações societárias com o único objetivo de reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL a serem recolhidos pela empresa final. É que o se denota como verdadeiro objetivo desse rearranjo societário, o de tornar a despesa com a amortização do ágio em uma despesa dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL – o que não ocorreria se a contribuinte tivesse adquirido diretamente a participação na MANAH.

Isto porque sabe-se que o ágio formado na operação de compra e venda de participação societária também poderia surgir no caso de uma aquisição direta. Entretanto, se a operação fosse direta, a despesa correspondente ao ágio não seria considerada dedutível no momento da sua amortização contábil, tendo em vista que não existe nenhuma norma legal que autorize a dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nessa situação.

Por isso mesmo fica evidente que o único intuito que se desejou com a criação da ANDELY HOLDING - controlada integralmente pelo GB (Grupo Bunge) - foi a de servir como empresa veículo para o investimento e o ágio na MANAH para, após uma incorporação reversa, possibilitar a dedução do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, na incorporadora, de forma a ajustar esses fatos à hipótese prevista no art. 386, III e 385, § 2º, II, ambos do RIR/99.

Sem dúvidas, em curtíssimo espaço de tempo, não obstante a defesa declinar formalmente razões de ordem societária ou econômica, constituiu-se uma HOLDING - ANDELY HOLDING - injetou-se capital nessa HOLDING para que ela pudesse adquirir ações com ágio da MANAH (atual BF) e, passo seguinte, fez desaparecer a HOLDING criada para, por meio de uma incorporação reversa, deduzir um ágio derivado de uma alegada rentabilidade futura de seus ativos.

Em face de toda esse arranjo artificialmente criado para reduzir tributo, mantem-se a multa qualificada porque vislumbra-se fraude.

Isso porque na fraude tem-se o comportamento caracterizado pelo esforço deliberado no sentido de retardar ou impedir o acontecimento do fato jurídico, ou, ainda, tentando modificar ou excluir os traços peculiares à identificação daquele evento, tudo dirigido ao escopo de não pagar quantia devida a título de tributo ou pagá-lo com redução, ou de diferir seu pagamento.

Na lição de Maria Angélica S de Souza Dias¹, na fraude os contratantes procuram contornar a lei, criando mecanismos destinados a fugir à sua aplicação. Não a confrontam mas, através de vias oblíquas, são obtidos resultados que aquela lei que está sendo contornada pretendia impedir, de modo que a violação da lei é feita de forma indireta, através de uma "cobertura", de um evento "aparente". Para a autora, a fraude muda o estado do fato regulado pela lei, de forma tal que esta se torna inaplicável. E estas são duas das formas elencadas para isso: (i) pelo emprego de uma forma jurídica diferente ou de uma combinação de formas e, (ii) alterando-se as condições em que o fato se produz.

Eis a função da ANDELY. Criada artificialmente, sem propósito negocial, com um único objetivo de possibilitar o aproveitamento do ágio.

Como justificativa, a recorrente sustenta que o motivo pelo qual a Bunge Foods não adquiriu o controle direto da MANAH é o fato de que tanto Manah quanto a Bunge Foods tinham contratos e atividades econômicas ativas que seriam prejudicadas caso uma ou outra fosse incorporada. Mas essa justificativa não afasta o intuito doloso. Ao contrário, o comprova, eis que a própria recorrente admite que a ANDELY somente se prestou a possibilitar a amortização do ágio e que sua constituição e posterior desaparecimento já estavam previstos.

Conclui-se, portanto, que a criação da ANDELY teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio. Diante dos fatos aqui retratados não resta dúvida de que o sujeito passivo agiu intencionalmente, de fato dolosamente, no sentido de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária, das suas condições pessoais, afetando, assim, as obrigações tributárias principais, infringindo, pois, o disposto no art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Assim, a multa qualificada deve subsistir.

3.1.2) ÁGIO BIPART: R\$ 286.656.101,71

Pode-se assim resumir os fatos apurados pela auditoria fiscal, no tocante ao ágio da BIPART - BUNGE I DE PARTICIPAÇÕES S/A, como extraído do relatório que antecede o voto do acórdão recorrido:

1 - Trata-se, em sua maior parte, de ágio apurado originalmente pela empresa SERRANA S.A. (atual BUNGE BRASIL S.A. – BB), no ano de 2001, como resultado da aquisição de ações da BF (BUNGE FERTILIZANTES) e BAL (BUNGE ALIMENTOS), de acionistas minoritários, assim dividido:

¹ DIAS, Maria Angélica S. de Souza. O Planejamento Tributário e a Simulação. Revista Planejamento Tributário da APET. MP Editora. São Paulo, 2007 -pp. 98-99

a) R\$ 215.298.004,62

Na época, a SERRANA - atual BUNGE BRASIL (BB) - adquiriu ações da BUNGE FERTILIZANTES (BF) de acionistas minoritários desta, por valor de mercado, ou seja, investimento - PL em 30/11/2011 de R\$ 116.871.866,34 - e ágio de R\$ 215.298.004,62, totalizando R\$ 332.169.870,96. O pagamento não se deu por espécie, mas por troca de ações, já que a SERRANA pagou os acionistas minoritários com ações próprias.

O ágio apurado pela BB referente especificamente ao fechamento de capital da BF (R\$ 215.298.004,62) era baseado em expectativa de rentabilidade futura e ficou registrado na contabilidade da BB;

b) R\$ 71.358.098,09

Havia também dois outros ágios, então detidos pela BB, os quais eram referentes a aquisições feitas junto a terceiros, das empresas IAP S.A e FERTISUL S.A. Tais ágios somavam R\$ 71.358.098,09 e também possuíam como fundamento a expectativa de rentabilidade futura.

Essas “substituição de ações” culminaram no fechamento de capital da BF e da BAL. No final da operação, a BB (Serrana) tornou-se uma empresa de capital aberto, controlando a BF e a BAL que deixaram de ter suas ações negociadas em bolsa.

2 - em 29/05/2002, a BB (Bunge Brasil S/A), constituiu a subsidiária integral BIPART (BUNGE I DE PARTICIPAÇÕES), com capital subscrito e integralizado de R\$ 10.000,00;

3 - em 15/08/2002, o capital da BIPART foi aumentado em R\$ 763.787.298,49, subscrito e integralizado pela BB mediante a conferência de bens que consistiam no investimento e no ágio da BF (Bunge Fertilizantes S/A), nos valores de R\$ 504.690.724,35 e R\$ 259.096.574,14, respectivamente, conforme laudo. Portanto, a BIPART passou a controlar diretamente a BF, detendo todos os seus ativos, inclusive o ágio referido;

4 - em 29/08/2002, foi aprovada a incorporação da BIPART pela BF, aumentando seu PL (reserva de capital) no valor do ágio (R\$ 259.106.574,14), com aumento de capital para R\$ 518.310.000,00, ou seja, incorporação do investimento da BF, mais o respectivo ágio;

5 - esse fato deu ensejo à amortização dos ágios registrados. Toda a operação foi divulgada ao mercado por meio de “fatos relevantes”.

A auditoria fiscal concluiu que a única função da BIPART, subsidiária integral da BB (BUNGE BRASIL), foi a de servir como empresa veículo para o investimento e o ágio na BF (BUNGE FERTILIZANTES) para, após uma incorporação reversa, possibilitar a dedução do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL na incorporadora, ajustando-se à hipótese prevista no art. 386, III, c/c o art. 385, § 2º, II, ambos do RIR/1999.

Aqui, como se verifica do relato dos fatos, as operações em seqüência se repetem, pois:

- em 29/05/2002, a BB, constitui a subsidiária integral BIPART, com capital de R\$ 10.000,00;

- em 15/08/2002, menos de 3 (três) meses após sua constituição, o capital da BIPART é aumentado em R\$ 763.787.298,49, subscrito e integralizado pela BB mediante a conferência de bens que consistiam no investimento e no ágio (R\$ 259.096.574,14) na BF;

- apenas alguns dias depois, em 29/08/2002, foi aprovada a incorporação da BIPART pela BF, possibilitando o início da amortização do ágio.

Em comunicado denominado "Fato Relevante", emitido em 13/08/2002, que compõe o doc 166-A (e-fls. 1.847/1.848), a BUNGE BRASIL S/A - BB, não só admite, como declara exatamente qual foi o propósito negocial da operação:

Em atendimento ao disposto na Instrução CVM nº 358, de 3 de janeiro de 2002, informamos que em reunião realizada nesta data o Conselho de Administração deliberou tomar as seguintes providências para permitir a utilização dos créditos tributários relativos aos ágios apurados quando da aquisição pela Bunge Brasil S.A. da totalidade das ações da Bunge Fertilizantes S.A. e Bunge Alimentos S.A., via incorporação de ações aprovada na AGE de 19.12.2001:

a) Transferir os investimentos nas subsidiárias integrais Bunge Fertilizantes S.A. e Bunge Alimentos S.A., respectivamente para as subsidiárias integrais constituídas para esse fim, Bunge I de Participações S.A. e Bunge II de Participações S.A., a título de integralização de capital pelos valores contábeis dos investimentos transferidos; e

b) Efetivar as incorporações inversas de Bunge I de Participações S.A. em Bunge Fertilizantes S.A. e de Bunge II de Participações S.A. em Bunge Alimentos S.A..

A amortização dos referidos ágios será apropriada aos resultados da Bunge Fertilizantes S.A. e Bunge Alimentos S.A. de forma linear, à taxa anual de 10%, sendo que o benefício anual decorrente dos correspondentes créditos tributários a ser refletido no resultado da Bunge Brasil S.A. por equivalência patrimonial durante o período de amortização, está estimado a valores nominais em R\$ 39,6 milhões.

A amortização dos ágios será iniciada a partir da data das respectivas incorporações inversas.

Exclusivamente para fins de cálculo do dividendo mínimo obrigatório, os valores amortizados dos ágios líquidos dos efeitos tributários, refletidos na Bunge Brasil S.A. por equivalência patrimonial em cada exercício social, serão ajustados como acréscimo do lucro líquido do exercício com o objetivo de neutralizar seus efeitos.

Neste caso, também não se pode afirmar que houve desembolso financeiro para pagamento do ágio. Com efeito, foi a SERRANA que adquiriu ações da BUNGE FERTILIZANTES (BF) de acionistas minoritários desta, com ágio, mas pagando esses acionistas não com espécie, mas com ações próprias. O que houve, enfim, foi troca de ações.

Mas caso se entenda que essa troca de ações equivaleria a um pagamento, esse pagamento foi feito pela SERRANA.

Não se vislumbra, assim, a necessária confusão patrimonial entre real investidor - SERRANA - e investida - BIPART.

Ademais, o que houve aqui foi a transferência do ágio registrado na contabilidade da BB - antiga SERRANA, para a BIPART, que posteriormente foi incorporada pela BF.

Da mesma forma, aqui também a auditoria fiscal apurou que a BIPART não produziu qualquer riqueza, não efetuou operações comerciais, não contratou funcionários e teve por endereço cadastral a Av. Maria Coelho Aguiar, 215, Bloco D, 5º andar.

Os únicos fatos registrados no único Livro Diário da BIPART se referem à subscrição e integralização de capital social, aumento do capital social e transferência do acervo por ocasião da incorporação pela BF.

Em sua defesa a contribuinte argui que as razões negociais que culminaram na reorganização societária realizada foram:

(i) a segregação do ágio relativo à Bunge Fertilizantes, separadamente do ágio pertinente à Bunge Alimentos;

(ii) o emparelhamento da amortização do ágio com a geração dos lucros a que ele se refere, que corresponderia à "*mens legis*", portanto atendendo não somente à letra da lei, como também ao espírito desta;

(iii) e a manutenção dos efeitos benéficos no âmbito societário, obtidos com a centralização do controle direto das duas companhias operativas em uma *holding* no Brasil, permitindo que os acionistas das duas continuassem a participar dos resultados de ambas, e não mais apenas do seu investimento original, sem desfazer as vantagens de gestão das empresas operativas.

Ocorre que à página 71 do TVF, consigna a Fiscalização:

Verificamos em fato relevante publicado pela Bunge Brasil S.A. em 13/08/2002 a comunicação de que para permitir a utilização dos créditos tributários relativos aos ágios apurados quando da aquisição pela Bunge Brasil S.A. da totalidade das ações da Bunge Fertilizantes S.A., via incorporação de ações aprovada na AGE de 19.12.2001, seria transferido o investimento da subsidiária integral Bunge Fertilizantes S.A. para a subsidiária Integral Bunge I de Participações S.A. constituída para esse fim a título de integralização de capital pelos valores contábeis dos investimentos transferidos e que seria efetivada a incorporação reversa de Bunge I de Participações em Bunge Fertilizantes S.A. [...]

Vê-se, então, que o que ocorreu, neste caso, foi uma mera transferência de ágio e a criação da BIPART teve esse objetivo por propósito negocial.

Nessas condições, tem-se que a BIPART não participou em nenhum negócio relativo a aquisição de investimento, visto que ela apenas recebeu ativos que já pertenciam ao grupo econômico do qual fazia parte, o GRUPO BUNGE, e que continham o registro de um ágio.

Isto leva, necessariamente, à conclusão de que a BB não adquiriu a participação na BIPART com o pagamento de um ágio, ela apenas transferiu um ágio que já estava registrado em sua contabilidade.

Como bem apontou a PFN em suas contrarrazões, quando a BB integralizou o aumento de capital na BIPART, o ágio registrado na operação não tinha por fundamento econômico a rentabilidade futura de nenhuma das mencionadas empresas. Conseqüentemente, a operação que levou o ágio à BIPART – isto é, a integralização de aumento de capital desta empresa – não tinha respaldo econômico em nenhum laudo sobre rentabilidade futura. Portanto, resta evidente que houve a mera transferência de um ágio, e não a aquisição de um investimento com o pagamento de “mais valia”.

A PFN destacou, ainda, o fato de que havia uma empresa do GRUPO BUNGE que controlava as empresas participantes do ato societário. A BB era controladora tanto da BIPART quanto da BB - de forma que os ativos do GRUPO BUNGE apenas circularam internamente, entre empresas que integravam o grupo empresarial. Fica assim evidente que não se configurou negócio comutativo realizado entre partes independentes.

Como mencionado no preâmbulo deste voto de mérito, nos termos da legislação de regência e na jurisprudência firmada neste órgão, para haver a possibilidade de deduzir um ágio validamente experimentado em reorganização societária é indispensável que tenha havido efetiva a aquisição de um investimento, num negócio entabulado entre partes independentes, com pagamento de ágio fundamentado em rentabilidade futura. Mas aqui houve mera transferência de ágio.

Ressalte-se que em aproximadamente 3 (três) meses a BIPART foi criada, capitalizada com transferência de ágio e extinta por incorporação. É cristalina a existência efêmera da BIPART eis que esta não desempenhou, durante o período em que existiu, nenhuma atividade empresarial – não registrou funcionários, não contratou com clientes ou fornecedores, enfim, não promoveu a circulação de bens ou serviços. Mas nesse curto tempo essa veículo proporcionou um ganho tributário e econômico para o GRUPO BUNGE.

Acolhe-se, assim, as razões deduzidas pela auditoria fiscal, no Termo de Verificação Fiscal e considera-se indevida a amortização do ágio denominado ÁGIO BIPART. Nega-se provimento, portanto, ao Recurso Especial da Contribuinte no que diz respeito a essa amortização de ágio.

Multa Qualificada

Aqui, pelas mesmas razões adotadas anteriormente, deve ser mantida a multa qualificada.

De fato, não se vislumbra outra razão para o arranjo perpetrado senão a de redução de tributo, conforme constou do próprio "fato relevante" publicado, em que se admite que para permitir a utilização dos ágios seria transferido o investimento da BF para a BIPART que foi constituída especialmente para esse fim e foi efetivada pela incorporação reversa da BIPART pela BF .

Ademais as próprias justificativas apresentadas pelo sujeito passivo demonstram claramente esse intuito. Como já destacado, a contribuinte elencou as seguintes razões para o negócio:

(i) segregação do ágio relativo à Bunge Fertilizantes, separadamente do ágio pertinente à Bunge Alimentos.

Ora, essa segregação é feita na contabilidade. Portanto, independe da constituição da BIPART. Essa razão não justifica a criação da BIPART.

(ii) o emparelhamento do amortização do ágio com a geração dos lucros a que ele se refere;

(iii) e a manutenção dos efeitos benéficos no âmbito societário, obtidos com a centralização do controle direto das duas companhias operativas em uma holding no Brasil, permitindo que os acionistas das duas continuassem a participar dos resultados de ambas, e não mais apenas do seu investimento original, sem desfazer as vantagens de gestão das empresas operativas.

Os itens (ii) e (iii) acima somente comprovam o que se está aqui a afirmar: a BIPART foi criada com o intuito exclusivo de permitir o aproveitamento do ágio, o que demonstra a artificialidade da operação.

Operações de reorganização societária para serem consideradas legítimas devem decorrer de atos efetivamente existentes, não bastando para essa caracterização que sejam formalmente revelados em documentação ou escrituração mercantil. Deve-se perquirir se os atos praticados são reais e não artificialmente criados e essa análise deve ser feita não apenas para cada negócio isoladamente, mas também em relação ao conjunto dos negócios encadeados. Assim, operações de reorganização societária evitadas de artificialidade, além de não serem oponíveis à Fazenda Pública, denotam patologia de ilicitude. E o uso de empresas-veículo em operações de reestruturação societária com ágio representa forte indício de ilicitude do negócio praticado.

Assim, não há qualquer propósito negocial na constituição da BIPART a não ser a sua utilização como instrumento a possibilitar a transferência de um ágio para dentro de um mesmo grupo econômico, de maneira a dar uma aparência de que seriam atendidos na forma - e não na essência - os requisitos impostos pela legislação de regência para gozo do benefício de amortização de ágio.

Assim, a multa qualificada para esta operação deve ser mantida.

3.1.3 ÁGIO CAJATI: R\$ 170.844.432,64

Relativamente ao denominado "Ágio Cajati", este é o resumo dos fatos apurados pela auditoria fiscal:

1 - em 28/04/2003, Maria Cristina Cescon Avedissian e Marcos Rafael Flesch, ambos advogados, constituíram a DIJON PARTICIPAÇÕES LTDA (DIJON), com capital de R\$ 100,00, divididos em 100 quotas (ela com 99 e ele com 1).

2 - em 24/10/2003, Maria Cristina cedeu suas 99 quotas para a COMPANHIA PAULISTA DE FERROS LIGAS - CPFL, empresa controlada pela Companhia Vale do Rio Doce - VALE - que, por sua vez, subscreveu e integralizou o aumento de capital

na DIJON com ações da FERTILIZANTES FOSFATADOS S.A. - FOSFÉRTIL. O capital da DIJON passou a ser de R\$ 66.259.900,00.

3 - ainda no mesmo dia 24/10/2003, a CPFL alienou 66.259.899 quotas representativas do capital da DIJON para a BF. A operação foi amplamente divulgada por meio de "fato relevante" publicado pela VALE.

4 - após a compra das ações pela BF, a denominação da DIJON foi alterada para CAJATI PARTICIPAÇÕES LTDA. (CAJATI). Nessa operação, a BF registrou o pagamento de ágio, referente ao investimento adquirido na CAJATI, com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da FOSFÉRTIL.

5 - em 30/04/2004, a BF incorporou a CAJATI, e passa a amortizar o ágio.

A Fiscalização concluiu que a única função da CAJATI foi a de servir como empresa veículo, para possibilitar a dedução do ágio na BF. Além disso, acrescenta que a CAJATI:

(i) não tinha empregados, nem qualquer registro de remuneração, ordenados, salários ou encargos sociais;

(ii) só traz resultados de equivalência patrimonial;

(iii) não tinha qualquer atividade empresarial geradora de receitas;

(iv) não trazia informação de ágio registrada em sua DIPJ.

Nesse contexto, peço *vénia* para transcrever as razões que levaram a auditoria fiscal a glosar as parcelas de amortização do ágio gerado na CAJATI, consignadas no Termo de Verificação Fiscal (páginas 57 e ss - e-fls. 7.372/7.466):

Como constatamos, após dois advogados terem aberto uma sociedade, em 24/10/2003, a Companhia Paulista de Ferro e Ligas (CPFL), uma subsidiária da CVRD, foi admitida na sociedade integralizando aumento de capital social com ações representativas de 11,13% do capital da Fertilizantes Fosfatados S/A - Fosfértil - o capital passou de R\$ 100,00 para R\$ 66.259.900,00 (quotas de R\$ 1,00). A Fosfértil passou a ter todas as quotas da sociedade menos uma.

Naquele mesmo dia foi assinado um contrato de venda entre a CPFL e a Bunge Fertilizantes. Todas as quotas (menos uma) foram transferidas para a Bunge Fertilizantes por R\$ 240.000.000,00, a qual efetuou o pagamento no ato. No contrato encontramos referências de que a Bunge Fertilizantes seria responsável pelos atos de registro. A quota restante foi vendida para **Mario Barbosa Alves Neto** diretor presidente da Bunge Fertilizantes.

Nota-se que em um **mesmo dia (24/10/2003)** a CPFL aumentou e integralizou capital da DIJON com ações da Fosfértil e vendeu essas quotas para a Bunge Fertilizantes. Ficou claro que o que ocorreu foi a venda das ações da Fosfértil, de propriedade da CPFL, para a Bunge Fertilizantes; a Cajati foi um mero veículo.

Referida venda foi evidenciada em "fato relevante" publicado pela Companhia Vale do Rio Doce em 24 de outubro de 2003 onde a CVRD comunicou ao mercado que sua subsidiária, a Companhia Paulista de Ferro e Ligas (CPFL), concretizara a venda de ações da Fertilizantes Fosfatados S/A - Fosfértil para a Bunge Fertilizantes

S/A por R\$ 240 milhões. Vários outros atos, como descrito neste item e subitens, evidenciam que de fato o que ocorreu foi a venda das ações da Vale para a Bunge Fertilizantes.

Contabilmente a Bunge Fertilizantes registrou o investimento por EP e a diferença como ágio, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, conforme laudo de avaliação apresentado. Em 30/04/2004 a Cajati foi incorporada e a partir de 2004 a Bunge Fertilizantes começou a amortizar esse ágio.

A Cajati Participações, com sede no mesmo endereço da Bunge Fertilizantes, e como contador Roberto Correa Sampaio, contador da Bunge Fertilizantes, nunca teve empregados ou qualquer despesas com remunerações ou encargos sociais; nas demonstrações de resultado (Fichas 6A) não há receitas, somente resultados positivos de participações societárias.

A interessada BF, à fl. 5 de sua impugnação, argumentou que a CAJATI tinha seu patrimônio composto por investimento em outra empresa do ramo de fertilizantes, a FOSFÉRTIL, cuja aquisição era de seu interesse.

É verdade que as operações que envolveram a criação e a incorporação da CAJATI possuem algumas semelhanças com aquelas anteriormente analisadas. Com efeito, as operações em seqüência se repetem, visto que a DIJON/CAJATI foi também criada por dois advogados, em 28/04/2003, com o capital social singelo de apenas R\$ 100,00 e em seguida, no dia 24/10/2003, cedida para a CPFL, empresa do grupo VALE, que no mesmo dia aumentou o seu capital social de R\$ 100,00 para R\$ 66.259.900,00, integralizando-o com ações da FOSFÉRTIL e que, também no mesmo dia - 24/10/2003, aliena as quotas representativas do capital da DIJON/CAJATI para a BF, que registrou o pagamento de ágio, referente ao investimento adquirido na CAJATI, com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da FOSFÉRTIL. Na seqüência, a BF incorporou a CAJATI.

Vê-se que a DIJON/CAJATI também teve existência efêmera, de apenas 1 (um) ano, não registrou funcionários, não exerceu qualquer atividade operacional ou empresarial geradora de receitas. **Mas aqui há uma questão que diferencia este negócio dos outros.** A empresa-veículo DIJON/CAJATI não foi criada pelo GRUPO BUNGE. A DIJON/CAJATI foi criada pelo grupo VALE que depois subscreveu seu capital com as ações da FOSFÉRTIL.

Compreende-se que o principal indício que fundamentou as conclusões da autoridade fiscal foi o fato de a CPFL ter integralizado um aumento de capital na DIJON (CAJATI), no mesmo dia em que foi formalizado o contrato de compra e venda das quotas desta empresa, com a participação que detinha na FOSFÉRTIL, ou seja, capitalizaram a DIJON (CAJATI) com as ações da Fósferil, para depois aliená-la à Bunge Fertilizantes. Outro indício foi a divulgação, pela VALE, de “fato relevante” no qual estava registrado que a VALE vendeu, por meio de sua subsidiária CPFL, as ações da FOSFÉRTIL para a BF por R\$ 240 milhões. Mas o que a Bunge Fertilizantes fez foi adquirir um investimento, certamente com a visão de que pagaria um ágio amortizável por isso, e que poderia depois incorporar a CAJATI (DIJON), sem retirar do mundo jurídico a empresa já existente Fósferil.

À toda sorte, fica evidente que o objetivo da operação sempre foi, desde o começo, a compra das ações da CPFL pela BF. Mas essa compra, se fosse feita de forma simples e direta pela própria BF, não lhe permitiria a amortização do ágio, o que levou os administradores do grupo a optarem, mais uma vez, pela criação de uma empresa intermediária

que pudesse ser utilizada como veículo a possibilitar essa amortização. E essa foi exatamente a função da CAJATI.

A aquisição foi sem dúvida vantajosa para a Bunge Fertilizantes, mas, neste caso, dentro dos limites da lei. De fato, o ágio foi adquirido e pago por partes independentes que, depois, incorporaram a PJ investida. Ademais, em que pese a questão ter sido levantada pela PFN em contrarrazões, fato é que a auditoria fiscal não questionou o laudo de avaliação.

É fato, como já afirmado pela auditoria fiscal, que a DIJON/CAJATI é uma empresa-veículo. Contudo, essa veículo, como explicou a recorrente em suas peças de defesa, não foi constituída pelo GRUPO BUNGE. A Bunge Fertilizantes apenas adquiriu a DIJON/CAJATI, como também poderia ter adquirido a própria Fósferil. Portanto, a utilização da veículo DIJON/CAJATI, neste caso, não se deu pelo GRUPO BUNGE, mas pelo grupo VALE.

Em face do exposto, relativamente a essa parcela do ágio, não deve ser mantida a exigência fiscal.

Por conseguinte, como a exigência relativa ao ágio está sendo afastada, por decorrência, a multa qualificada não subsiste no que toca a essa parcela.

3.1.4 ÁGIO BPART: R\$ 389.373.463,92

Com relação ao denominado "Ágio BPART", os fatos apurados pela fiscalização (TVF, a partir da página 38) são a seguir resumidamente relatados:

- em 29/04/2004 a BUNGE LIMITED (controladora do GRUPO BUNGE) anunciou a intenção de fechar o capital de sua controlada **BB** através de uma Oferta Pública de Aquisição de Ações - OPA;

- quinze dias depois disso, em 14/05/2004, é constituída a **BPART** - BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA. - pela **BUNGE BIC HOLDINGS BV** (99,99%) e pela BUNGE INVESTIMENTOS E CONSULTORIA LTDA. - **BIC** - (0,01%), com capital de R\$ 10.000,00, para comprar as ações da **BB** que estavam em circulação nas mãos de minoritários;

- feita a avaliação com **data base 31/03/2004**, o leilão de compra de ações da **BB** ocorreu em 27/09/2004, tendo sido pago pela **BPART** valor superior ao patrimonial da **BB**, resultando em ágio de R\$ 820.783.564,53, assim decomposto:

1) R\$ 800.783.564,56 pelo pagamento (compra) de 124.345.274 ações da **BB**;

2) R\$ 20.079.508,03 pelos gastos ligados à operação;

- as origens dos recursos que a **BPART** utilizou na aquisição da **BB** foram financiamentos de longo prazo, no total de R\$ 849.617.000,00 (US\$ 280.000.000,00), remetidos pela sua subsidiária integral no exterior, **Bunge Trade Ltd.**, em 31/07/2004; tais financiamentos correspondiam, segundo a fiscalizada, a operações de pré-pagamento de exportação - tipo de financiamento ao exportador na fase de pré-embarque da mercadoria, com

recursos levantados junto a um banco no exterior ou a um importador, provendo capital de giro para viabilizar produção e vendas ao exterior;

- em 30/06/2005, a Bunge BIC Holdings BV foi substituída pela Bunge Brasil Holdings BV, em vista da incorporação da primeira pela segunda, no exterior;

- **em 13/10/2005**, o capital da **BPART** de R\$ 10.000,00 foi aumentado e integralizado com créditos de R\$ 165.000.000,00 provenientes das quotas da BIC pela Bunge BIC Holdings;

- em **26/10/2005** o capital foi reduzido para R\$ 135.308.200,00 em razão de absorção de prejuízos;

- em **31/10/2005**, ocorreram as seguintes operações:

a) a **BB** incorporou a **BPART**, fato que deu ensejo à amortização do ágio;

b) a **BB** incorporou a **BIC**;

c) a **BF** incorporou a **BB**;

d) a cisão parcial da **BF**, com versão de patrimônio para a **Bunge Alimentos Participações Ltda. - BALPART** -, seguida de incorporação desta pela **BAL**, através do que apenas o ágio pertinente à **BF** ficou nela, e o ágio relativo à **BAL** passou para esta.

Conforme o TVF, acerca dos contratos de pré-pagamento de exportação, o pagamento do principal se deu via exportação, e dos juros, via exportação ou câmbio. Até a data da incorporação da **BPART** pela **BB**, em 31/10/2005, foram liquidados US\$ 93.000.000,00 de principal e US\$ 37.024.166,67 de juros, sendo que todas as liquidações e pagamentos de juros ocorreram em outubro de 2005, no mesmo mês das incorporações. Após as incorporações/cisão de 31/10/2005, o montante do saldo a pagar (US\$ 187.000.000,00) foi segregado entre a **BF** (US\$ 80.400.000,00) e a **BALPART** (US\$ 106.600.000,00), sendo que esta veio a ser incorporada, em 28/02/2006, pela **BAL**. A parcela do ágio incorporada pela **BAL** foi objeto de fiscalização pela DRF/Blumenau – MPF 09.2.04.002010000292.

Ainda de acordo com o relato extraído dos autos, a justificativa para a incorporação é que a atividade da **BPART** poderia ser exercida pela **BB** ou sucessora sem solução de continuidade e a reestruturação permitiria a redução de gastos; segundo o protocolo de justificação: "*O acervo líquido da Bunge Participações para fins de incorporação, será avaliado com base no seu valor contábil na data de 30/09/2005, ajustado pela liquidação parcial de pré-pagamento de exportação em 11/10/2005, pelo aumento do capital social em 13/10/2005 e pela absorção de prejuízos acumulados contra capital em 26/10/2005*"

A auditoria apurou ainda:

- a DIPJ da **BPART** mostra que ela, em 2004:

a) não tinha empregados;

b) tinha uma subsidiária integral no exterior, a Bunge Trade Ltd.;

c) tinha PIS e COFINS só de receitas financeiras;

d) tinha só despesas ("Outras Despesas Operacionais") de R\$ 361.133,80, sendo R\$ 360.841,97 com contrapartida a uma conta-corrente com a **BF**;

e) tinha resultado contábil só de receitas/despesas financeiras e resultado em participações societárias, tendo tido prejuízo fiscal de R\$ 16.926.420,57;

- a DIPJ da **BPART** mostra que ela, em 2005:

a) tinha despesas com serviços prestados por PJ de R\$ 111.299,87;

b) tinha provisões não dedutíveis, que correspondia a ágio, de R\$ 42.182.125,31;

c) tinha resultado contábil só de receitas/despesas financeiras e resultado em participações societárias, tendo tido lucro real zero;

A fiscalização concluiu que a **BPART** foi constituída somente para permitir o registro do ágio na compra das ações da **BB** que estavam em circulação para, na seqüência, ser incorporada pela **BB**, que seria incorporada pela **BF**, ocorrendo todas essas incorporações/cisão no mesmo dia. Logo, a única função da **BPART** foi a de servir como empresa veículo para o investimento e o ágio de modo a possibilitar a dedução desse ágio na **BF**.

Assim como nas operações anteriores já analisadas nestes autos, verificou-se também em relação à **BPART** que, em 2004: a) não tinha empregados; b) tinha uma controlada integral no exterior, a Bunge Trade Ltd.; c) tinha PIS e COFINS só de receitas financeiras; d) tinha só despesas ("Outras Despesas Operacionais"), de R\$ 361.133,80, dos quais o valor de R\$ 360.841,97 tinha como contrapartida uma conta-corrente com a **BF**; e) tinha resultado contábil só de receitas/despesas financeiras e resultado em participações societárias, tendo tido prejuízo fiscal de R\$ 16.926.420,57. E em 2005: a) tinha despesas com serviços prestados por PJ de R\$ 111.299,87; b) tinha provisões não dedutíveis, que correspondem a ágio, de R\$ 42.182.125,31; c) tinha resultado contábil só de receitas/despesas financeiras e resultado em participações societárias, tendo tido lucro real ZERO.

Julga-se conveniente transcrever os fatos apurados pela auditoria fiscal, conforme explicitado no Termo de Verificação Fiscal - item "F" (a partir da página 48), porque melhor demonstram com precisão as minúcias de toda esta operação:

Através de "Fato Relevante da Bunge Brasil S.A., **datado de 29/04/2004**, a **Bunge Limited, controladora da Bunge Brasil S.A.**, foi a público informar que seu "Conselho de Diretores" aprovara a realização de oferta pública para aquisição da totalidade das ações ordinárias e preferenciais de emissão da Bunge Brasil em circulação no mercado visando o seu cancelamento de registro como companhia de capital aberto. A **BUNGE LIMITED** comunicou ainda que a decisão tomada pelo seu "Board of Directors" (Conselho de Diretores) foi motivada por consulta formulada pelo Banco de Investimentos Credit Suisse First Boston S.A. ("CSFB"), sobre seu interesse em adquirir ações de emissão de sua controlada (Doc 252).

Para aquisição dessas ações, **o grupo Bunge** constituiu, em **14/05/2004**, a sociedade Bunge Participações Ltda. tendo como quotistas a Bunge BIC Holdings BV (99,99%) e a Bunge Investimentos e Consultoria Ltda. Para diretores foram eleitos **Hildegard Gutz Horta e Miguel Juan Pryor**. Hildegard era procuradora da Bunge Cooperatief UA, Bunge Brasil Holdings BV e Bunge BIC Holdings BV no Brasil e também diretora, juntamente com Miguel Juan, da Bunge Fertilizantes S.A.

O capital social era de R\$ 10.000,00 e assim ficou até 13/10/2005, às vésperas da incorporação pela Bunge Brasil S.A. em 31/10/2005.

[...]

Conforme se verificou no fato relevante publicado pela Bunge Brasil (Doc 267), **datado de 30/05/2004**, a Bunge Participações Ltda. na qualidade de ofertante e em complementação ao Fato Relevante publicado pela Bunge Limited em 29/04/2004, informou aos acionistas da Bunge Brasil S.A. ("Bunge Brasil") e ao mercado que, em 28.05/2004 havia sido protocolado na Comissão de Valores Mobiliários - CVM o pedido de registro da oferta pública de aquisição da totalidade das 136.113.918 ações ordinárias e preferenciais de emissão da Bunge Brasil em circulação no mercado. Foram publicados mais dois fatos relevantes (31/05/2004 e 30/06/2004), ambos fazendo menção ao fato relevante de 29/04/2004.

A Bunge Participações, **com um capital social de apenas R\$ 10.000,00, controlada integralmente pelo grupo Bunge**, adquiriu as ações em circulação fechando o capital da Bunge Brasil S.A. Para a aquisição dessas ações, a sociedade que tinha um capital de R\$ 10.000,00, desembolsou, em 2004, R\$ 820.863.072,59. Considerando o laudo de avaliação econômica da Bunge Brasil, foi registrado um ágio fundamentado em rentabilidade futura de R\$ 389.373.463,52. No balanço patrimonial de 31/12/2004 (DIPJ Ac 2004) o PL da Bunge Participações Ltda. estava **negativo** em R\$ 78.101.679,83.

Ao analisarmos a escrituração contábil da Bunge Participações Ltda., verificamos que as origens dos recursos para a aquisição das ações que estavam em circulação no mercado consistiram em operações denominadas "pré-pagamentos de exportações", as quais estavam registradas no passivo em "ADIANTAMENTOS DIVERSOS LP". Essas operações consistem em uma modalidade de financiamento ao exportador na fase de pré-embarque da mercadoria, com recursos levantados junto a um banco no exterior ou a um importador, provendo capital de giro para viabilizar a produção e as vendas ao exterior. Os valores totais financiados foram de US\$ 280.000.000,00 equivalentes a R\$ 849.617.000,00. A Bunge Participações Ltda. não teve qualquer tipo de receita afeta à exportações.

Analizando-se os contratos de câmbio, constatamos que o remetente dos recursos foi a Bunge Trade Ltd., subsidiária integral da Bunge Participações Ltda., e as mercadorias que seriam exportadas seriam a soja e seus derivados. Constatamos que todos os contratos de câmbio foram assinados por Virgílio Januário Martins e Reinaldo Henrique Steolla; ambos tinham vínculos empregatícios com a Bunge Fertilizantes. Conforme verificamos em artigos disponibilizados no sítio da Bungeprev na internet, Reinaldo foi gerente financeiro da Bunge Fertilizantes.

Após a incorporação da Bunge Participações pela Bunge Brasil (a qual depois foi incorporada pela Bunge Fertilizantes S.A.) em 31/10/2005, foram liquidados US\$ 93.000.000,00 e pagos juros de US\$ 37.024.166,67. Essas liquidações do principal e os pagamentos de juros ocorreram cerca de 20 dias antes das incorporações.

Pelos documentos apresentados, referentes aos pagamentos de juros à Bunge Trade Ltd., verificamos que esses documentos foram produzidos em formulários personalizados da Bunge Fertilizantes, o mesmo ocorrendo com relatórios internos da Bunge Fertilizantes onde constam as assinaturas de Wagner Chuqui, gerente financeiro da Bunge Fertilizantes.

Os contratos de câmbio, na contratação dos pré-pagamentos de exportação e no pagamentos dos juros, foram assinados por Virgilio, Reinaldo e Wagner todos com vínculo empregatício com a Bunge Fertilizantes.

Todas as operações financeiras, que incluíram a tomada de créditos no exterior e o pagamento dos juros tiveram o aval de funcionários da Bunge Fertilizantes - mais de R\$ 0,9 bilhão; não poderia ser diferente pois a Bunge Participações nunca teve funcionários e tinha um capital social irrisório até a integralização em 13/10/2005 com créditos de R\$ 165.000.000,00 (créditos esses provenientes da operação de compra das quotas da Bunge Investimentos e Consultoria pela Bunge BIC Holdings, operação descrita no item anterior, onde evidenciamos a operação de compra de um investimento do grupo Bunge por ele mesmo, gerando artificialmente um ágio).

A liquidação dos US\$ 93.000.000,00 foi feita através de exportações de soja e seus derivados. **Todos os conhecimentos de embarque tiveram como remetente das mercadorias a Bunge Alimentos S.A.** Nos demonstrativos de quitação onde estão relacionados datas de embarque, nº de contratos, RE e despacho, assinam pela Bunge Alimentos S.A Érico Tavares Lopes e Simone Maria de Souza Bodenmuller, ambos tinham vínculos empregatícios com a Bunge Alimentos.

Juntamente com esses demonstrativos que vinculam despachos de exportação aos contratos de pré-pagamento de exportação, foram apresentados ofícios dirigidos à DRF/Blumenau onde a **Bunge Alimentos declarou** que a Bunge Participações Ltda constava cadastrada no Siscomex como empresa do mesmo grupo econômico e que estava autorizada a vincular contrato de câmbio em registros de exportação da Bunge Alimentos S.A.

No momento das exportações de soja/derivados, foi contabilizado em uma conta de mútuo passivo com a Bunge Alimentos (tendo como contrapartida a conta pré-pagamento de exportações) o valor de R\$ 207.938.540,24 (Doc 263). Na Bunge Fertilizantes, após as incorporações, houve o registro desse mútuo passivo com a Bunge Alimentos e quando da cisão parcial da Bunge Fertilizantes para a Bunge Alimentos Participações Ltda., também em 31/10/2005, esse mútuo passivo foi vertido. Quando da incorporação da Bunge Alimentos Participações pela Bunge Alimentos S.A., teremos obrigações e direitos se anulando (Doc 297/298).

Dentre a documentação apresentada, chamou a atenção uma correspondência do Banco Itaú (Doc. 141 A) encaminhada à Bunge Participações aos cuidados de Lucineide Zampilli, datada de 09/08/2004; o AR anexado tinha como destinatário a Bunge Fertilizantes a/c Lucineide. Lucineide em 2004 tinha vínculo empregatício com a Bunge Fertilizantes (Doc. 145).

O saldo remanescente do principal a pagar, em um total de US\$ 187.000.000,00, foi distribuído entre a Bunge Alimentos Participações Ltda: US\$ 106.600.000,00 e a Bunge Fertilizantes S.A.: US\$ 80.400.000,00 (Obs.: a Bunge Alimentos e Participações foi incorporada posteriormente pela Bunge Alimentos S.A., operação que foi objeto de ação fiscal na DRF/Blumenau).

Analizando-se as DIPJ e DIRF apresentadas pela Bunge Participações Ltda. verificamos que o contador responsável foi Roberto Correa Sampaio. Roberto Correa Sampaio era/é contador da Bunge Brasil S.A. e da Bunge Fertilizantes S.A. Verificamos que no Ac de 2004 a Bunge Participações apurou um prejuízo fiscal de R\$ 16.926.420,57 e no Ac 2005 o resultado fiscal informado foi zero.

Todas as empresas estavam localizadas na Av. Maria Coelho Aguiar nº 215 bloco D 5º andar - a subordinação total sempre foi ao grupo Bunge, como se nota pelo fato relevante publicado em 29/04/2004, pelos administradores/quotistas comuns; todos os responsáveis pelas operações financeiras eram funcionários da Bunge Fertilizantes, assim como o contador responsável pelas empresas envolvidas.

Resta claro, por tudo o que foi apurado e exposto neste item e subitens (5.1.1.2), que a Bunge Participações foi constituída pelo grupo Bunge somente para permitir o registro do ágio na compra das ações da Bunge Brasil que estavam em circulação para na seqüência ser incorporada pela investida (Bunge Brasil) a qual seria incorporada pela Bunge Fertilizantes, todas essas operações de incorporações/cisão ocorrendo no mesmo dia, em sequência.

Em suma: a **BPART**, com um capital social de apenas R\$ 10.000,00, controlada integralmente pelo grupo Bunge, adquiriu as ações em circulação fechando o capital da **BB**. Para a aquisição dessas ações, a sociedade desembolsou, em 2004, R\$ 820.863.072,59. O laudo de avaliação da **BB** apontou um ágio fundamentado em rentabilidade futura no valor de **R\$ 389.373.463,52**.

Os valores desembolsados pela **BPART** para aquisição das ações da **BB** foram obtidos através de financiamentos destinados a pré-exportações de soja. Mas é claro que a **BPART** nunca efetuou essas exportações. Pretendeu-se, em verdade, dar uma aparência de que houve a obtenção de recursos destinados a exportações pela **BPART**. Mas os contratos de câmbio relacionados ao envio dos recursos e as remessas de juros foram assinados por funcionários da **BF** e as exportações foram feitas pela **BAL**.

Aqui também não se vislumbra a necessária confusão patrimonial entre real investidor e investida. Isto porque os recursos que a **BPART** utilizou na aquisição da **BB** foram **remetidos pela sua subsidiária integral no exterior, Bunge Trade Ltd.**

Mas não é só. No fechamento de capital da **BB**, o Grupo Bunge promoveu a valorização das ações que se encontravam de posse dos minoritários no mercado e, através da **BPART**, adquiriu essas ações com ágio. **Tem-se, assim, que o Grupo Bunge adquiriu suas próprias ações com ágio e, posteriormente, se beneficiou da amortização desse mesmo ágio.**

Ora, é certo que qualquer pessoa jurídica do grupo poderia adquirir ações do conglomerado, mas não buscando se beneficiar da dedução de amortização de ágio, **vez que sem a criação da empresa-veículo, não haveria a amortização do ágio.**

Ou seja, não havia outro propósito negocial com a criação da **BPART** que não fosse o da economia fiscal a ser gozada pelo **GB**, por meio da **BF**, **pela criação de um ágio artificial, no seio do mesmo grupo econômico, que posteriormente foi amortizado por empresa pertencente ao conglomerado.**

No voto vencedor deduzido no acórdão recorrido, o relator observou esse aspecto relativo ao gozo do benefício de amortização de ágio neste caso, pelo que peço licença para transcrever o seguinte trecho do voto:

Especificamente em relação ao denominado “ágio BPART”, em que se visou ao fechamento do capital da Recorrente, convém tecer comentários complementares.

De acordo com o *caput* do art. 30 da LSA, a regra geral é que “*A companhia não poderá negociar com as próprias ações*”. Caberia a análise quanto à exceção contida na alínea “b”, do parágrafo 1º, do artigo 30 da LSA a fim de verificar se o valor envolvido na operação superaria o montante de lucros e reservas da Recorrente, o que viabilizaria a aquisição das próprias ações, sem contudo, alterar seus efeitos contábeis, conforme se demonstrará a seguir.

Na operação analisada, entendo que se tornou evidente que ao final, de fato, a Recorrente adquiriu suas próprias ações. Para tanto, utilizou-se de BPART como empresa veículo na aquisição de tais ações. A consequência contábil de tal interposição foi possibilitar que a “mais valia” na aquisição das ações fosse contabilizada por BPART como ágio. Ato contínuo, BPART foi incorporada pela Recorrente. A consequência fiscal da última operação foi possibilitar à Recorrente a amortização de tal ágio, reduzindo as bases de cálculo de IRPJ e CSLL.

É importante ressaltar que não está se afirmando que o Grupo Bunge não poderia adquirir as ações de uma das empresas do conglomerado, mas sim que o modo como a operação foi estruturada acabou por configurar a aquisição das próprias ações, com repercussão também no âmbito fiscal.

Analisa-se ainda os efeitos de tal operação nos resultados da Recorrente. Ao adquirir suas próprias ações as pessoas jurídicas devem adotar tratamento contábil específico e determinado. Caso as operações fossem corretamente contabilizadas a aquisição das próprias ações deveria ser registrada em conta retificadora do patrimônio líquido – ações em tesouraria, e não como ágio. O processo de aquisição das próprias ações não está sujeito ao mesmo regramento do ágio quando há o pagamento de mais valia em tal operação. O Manual de Contabilidade Societária da FIPECAFI explicita:

a) a aquisição de ações de emissão própria é uma transação de capital da companhia com seus sócios, não devendo afetar o resultado;

b) a operação de compra de ações pela própria companhia é como se fosse uma devolução de patrimônio líquido, motivo pelo qual a conta que as registra (devedora, com título de “Ações em Tesouraria”) deve ser apresentada como conta redutora do patrimônio (conforme artigo 182, parágrafo 5º, da Lei 6.404 de 1976); e

c) as ações adquiridas devem ser contabilizadas na conta de ações em tesouraria por seu custo de aquisição, ou seja, pelo preço pago ao detentor das referidas ações.” (grifos do original)

Por conseguinte, sob o aspecto tributário, caso a aquisição das ações da Recorrente não tivesse sido tratada como aquisição de investimento, mas sim como aquisição das próprias ações, não haveria efeitos sobre seus resultados, uma vez que o tratamento contábil dado às aquisições das próprias ações influenciaria tão somente contas patrimoniais. Logo, além da vedação a negociação com as próprias ações (art. 30 da LSA), pode-se concluir que também o aspecto tributário levou a Recorrente a estruturar a operação de aquisição de suas próprias ações de modo artificial, burlando não só a legislação societária, mas ferindo de morte também princípios norteadores de nosso arcabouço jurídico, em especial, o princípio da capacidade contributiva.

Em resumo: analisando-se o cenário, constata-se que a Recorrente desejava adquirir ações de sua própria emissão em poder de terceiros. Contudo, o art. 30 da LSA veda, em regra, que a companhia negocie com as próprias ações. Por meio de operações sucessivas, mediante utilização de empresa veículo (BPART), a Recorrente, ao final de todas as etapas, passou a deter suas próprias ações. Cumpre ressaltar que a detecção de desrespeito à legislação societária, pura e simplesmente, não é objeto do trabalho da RFB. Contudo, quando tal conduta passa a gerar reflexos tributários, não se pode olvidar que a autoridade fiscal não só pode, mas deve, a teor do disposto no art. 142 do Estatuto Tributário, apurar o crédito tributário eventualmente recolhido a menor. Frise-se: não houve aquisição de investimentos, mas sim aquisição das próprias ações. Como consequência, a mais valia na aquisição sequer poderia afetar o resultado da Recorrente.

Observa-se que, no caso em exame, sem a utilização de empresa veículo, não haveria a criação do ágio, pois os efeitos contábeis da operação seriam retratados diretamente no patrimônio líquido da Recorrente, conforme já abordado. De igual forma, tornar-se-ia evidente a infringência à legislação societária relativa à aquisição das próprias ações. É de pouco relevo se BPART efetivamente operava, ou se sua existência foi efêmera. O importante para a caracterização como *conduit company* foi a efemeridade de sua participação no negócio, em si. Em curto lapso, simplesmente por sua interposição em negócio jurídico, foi capaz de causar efeitos tributários, não em si mesma, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação negocial perpetrada, qual seja, a Recorrente. E, frise-se, o papel da *conduit company* serviu, no caso concreto, a uma só vez, para fraudar a legislação societária e diminuir a carga tributária da Recorrente, verdadeira adquirente de suas próprias ações. Além de tais causas, não houve comprovação de outro papel por parte de BPART.

O sujeito passivo, no Recurso Especial aviado, tenta desqualificar o voto proferido no acórdão recorrido. Nesse sentido afirma que BPART (assim como a ANDELY, BIPART e CAJATI) constituiu-se em uma empresa com "propósito específico" de adquirir as ações da BB pulverizadas no mercado e que o propósito negocial de toda a operação foi, justamente, a viabilização da Oferta Pública de Ações, sob a "máxima vigilância" da CVM, a quem caberia fiscalizar as operações no mercado mobiliário e detectar fraudes porventura praticadas, mas que aprovou integralmente a operação.

Na verdade, o sujeito passivo, ao fazer tais afirmações, tenta minimizar a gravidade dos fatos. Ao nomear empresas de "propósito específico" objetiva sutilemente minorar o gravame que existe na utilização desse tipo de sociedade de passagem.

Da mesma forma, ao se referir a atuação da CVM no mercado mobiliário. Por óbvio que não se pode exigir que a CVM detecte absolutamente todas as operações de reorganização societária estruturadas artificialmente, já que as empresas se esmeram cada vez mais na prática de atos que tenham aparente legalidade e substância econômica, com o fim de encobrir os reais objetivos almejados com esses negócios. O mesmo não se poderia exigir da RFB.

A BPART não se constituiu, em rigor, em uma empresa, mas foi concebida apenas para servir de veículo para aquisição das ações da BB em circulação nas mãos dos minoritários, no fechamento de seu capital, para, em seguida, ser incorporada pela BB, que posteriormente foi incorporada pela BF - cumprindo, assim, todas as etapas pré-concebidas do negócio - possibilitando-se com todo esse esquema que a BF adquirisse, do mercado, suas próprias ações.

De fato, é evidente que a BPART foi constituída com o único propósito de permitir o investimento e o ágio.

Por tais conclusões não se pode admitir a dedutibilidade do denominado "ÁGIO BPART".

Multa Qualificada

A auditoria fiscal deixou bem claro que a Bunge Limited era a controladora da Bunge Brasil e que a BPART foi constituída em 2004 com a única finalidade de adquirir ações da Bunge Brasil.

Tem-se, assim, que nesta operação também foi criada a figura da empresa-veículo a possibilitar a sua amortização por meio de incorporação reversa.

A sociedade veículo tinha uma capital de R\$ 10.000,00, desembolsou, em 2004, R\$ 820.863.072,59, registrou em sua escrituração contábil que a origem dos recursos para a aquisição das ações eram operações de "pré-pagamentos de exportações", mas o fato é que a Bunge Participações não auferiu qualquer tipo de receita afeta a exportações.

Assim, houve até todo um arranjo para tentar dar uma aparência de legalidade à operação. Às páginas 49 e 50 do Relatório Fiscal há referências mais explícitas à documentação apresentada: formulários personalizados da Bunge Fertilizantes e documentos assinados pelos funcionários desta.

Nesse contexto, a conduta dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal (o que o art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, classifica como "fraude") é evidenciada pela deliberada consecução de atos que culminam com a supressão ilícita de tributos, através da criação dessa empresa Bunge Participações, uma empresa veículo, controlada integralmente pelo grupo Bunge, criada com o único propósito de reduzir tributos.

Portanto, deve-se manter também aqui a multa qualificada.

Conclusão

Pode-se concluir que, nas operações analisadas, resta claro que a única motivação econômica que delas se extrai é a economia tributária. Por mais que a contribuinte negue afirmando que as reestruturações foram necessárias para melhor controle e centralização dos negócios do **GB** e apresente argumentos no sentido de que foram observados todos os requisitos formais de registro de todas as operações realizadas, tanto no âmbito contábil, quanto no dos órgãos cartoriais competentes, não se verifica motivação extra-tributária nas referidas operações.

O dolo resta evidenciado com a própria criação e utilização das pessoas jurídicas como "empresas veículo", empresas que nunca tiveram funcionários, não geraram riquezas, todas com sede no mesmo endereço da autuada, e todas pessoas jurídicas subordinadas ao mesmo grupo econômico.

A Fiscalização ainda destacou na página 93 do seu Relatório que os valores amortizados pela autuada foram declarados em sua DIPJ sempre nas linhas referentes a "outras

despesas financeiras”, ao invés de se fazer na linha correspondente a ágio amortizado, o que demonstra uma tentativa de dificultar a constatação dessas amortização pelo Fisco.

Em face do exposto, relativamente ao mérito das operações com ágio, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial do Sujeito Passivo para exonerar a parcela do crédito tributário correspondente ao denominado “Ágio CAJATI”, bem como dá-se parcial provimento ao Recurso Especial da PFN para restabelecer a multa qualificada nas operações de amortização de ágio mantidas no presente voto.

3.2 DECADÊNCIA DO LANÇAMENTO - ANO-CALENDÁRIO 2005

Em virtude da caracterização da fraude nos lançamentos atinentes às operações denominadas “Ágio ANDELY”, “Ágio BIPART” e “Ágio BPART”, a regra de contagem de prazo decadencial a ser aplicada às exigências é a do art. 173, I, do CTN, nos termos deduzidos no julgamento do REsp nº 973.333-SC, afetado como representativo de controvérsia pelo STJ e já conhecidos por este Colegiado Superior, bem como na Súmula CARF nº 72, que expressamente consigna: “Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN”. Ou seja, aplica-se o prazo de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, tratando-se de período de apuração anual, em que o fato gerador ocorre em 31/12, tem-se que, para o ano-calendário 2005, o lançamento somente poderia ter sido efetuado no ano-calendário 2006 e o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado é o dia 01/01/2007, primeiro dia do prazo de 5 (cinco) anos, que se encerrou em 31/12/2011.

Como a ciência dos lançamentos ocorreu em 12/12/2011, verifica-se que não se operou a decadência relativamente ao ano-calendário mais antigo, no caso, o ano-calendário 2005.

Afasta-se, portanto, a arguição de decadência e dá-se provimento ao Recurso Especial da PFN neste tema.

3.3 INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

O sujeito passivo questiona a incidência dos juros de mora devidos à taxa Selic sobre a multa aplicada de ofício. Apresentou como paradigmas os acórdãos nº 9101-000.722, de 14/12/2010, e 1202-001.118, de 12/03/2014, cujas ementas foram reproduzidas no relatório.

Quanto ao tema, em recente julgado proferi meu voto no sentido de afirmar a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício (acórdão 9101-002.349, de 14/06/2016), o qual foi ratificado pela maioria dos Conselheiros da 1ª Turma da CSRF, conforme razões que reafirmo a seguir.

A Lei nº 9.430, de 1996, estabelece, em seu artigo 61, § 3º, que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal incidirão juros de mora à taxa Selic. Veja-se:

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

(...)

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

De outra banda, está estampado na Súmula CARF nº 5 que são devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento. Confira-se:

Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Grifei)

Ora, dos artigos 113, § 1º, e 139 do CTN deflui que o crédito tributário, que decorre da obrigação principal, comprehende tanto o tributo em si quanto a penalidade pecuniária, o que inclui, à toda evidência, a multa de ofício proporcional de caráter punitivo.

Vale transcrever os dispositivos:

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

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

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

Sendo assim, outra não pode ser a interpretação da expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições” expressa no retrotranscrito artigo 61 da Lei nº 9.430, de 1996, senão a de que abarca a integralidade do crédito tributário, incluindo a multa de ofício proporcional punitiva, constituída por ocasião do lançamento. Resta evidente que a multa de ofício proporcional, bem como a multa isolada, lançadas juntamente com o tributo devido, se não paga no vencimento, sujeita-se a juros de mora por força do disposto no artigo 61, *caput*, da Lei nº 9.430, de 1996.

Aliás, se a intenção do legislador fosse limitar a aplicação do artigo 61 apenas aos débitos principais de tributos e contribuições, como sustenta a recorrente, bastaria suprimir o termo “decorrente”, como bem pontua o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, no voto condutor do Acórdão nº 1401-001.653:

*É importante notar que no *caput* do art. 61, o texto é “débitos [...] decorrentes de tributos e contribuições” e não meramente “débitos de tributos e contribuições”. O termo “decorrentes”*

evidencia que o legislador não quis se referir, para todas as situações, apenas aos tributos e contribuições em termos estritos.

Além disso, o CTN claramente permite a aplicação de juros sobre "crédito", conceito no qual se insere a multa de ofício. O artigo 161, *caput*, do Código, estabelece a incidência de juros de mora sobre o "*crédito não integralmente pago no vencimento*", dispondo o seguinte:

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

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

Não há dúvida de que multa não é tributo, pela própria dicção do artigo 3º do CTN: "*Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*". Todavia, a coerência interna do CTN evidencia, com clareza, conforme revelam os artigos 113, § 1º, e 139, que a penalidade pecuniária é também objeto da obrigação tributária principal e assim integra o conceito de crédito, objeto da relação jurídica estabelecida entre o Fisco e o sujeito passivo, beneficiando-se de todas as garantias a ele asseguradas por lei, inclusive o acréscimo de juros de mora.

Adotando estas premissas, o Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa também concluiu, no voto condutor do Acórdão nº 2201-01.630, que, se o artigo 113 do CTN incorpora à obrigação principal *o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária*, e o artigo 139 do CTN estipula que o crédito tributário tem a mesma natureza da obrigação principal, é evidente que a penalidade pecuniária integra o conceito de crédito tributário. Em acréscimo, o Conselheiro expõe que:

Nesse mesmo sentido, no art. 142, que define o procedimento de lançamento, por meio do qual se constitui o crédito tributário, o legislador não esqueceu de mencionar a imposição da penalidade. Da mesma forma, o art. 175, II, ao se referir à anistia como forma de exclusão do crédito tributário, afasta qualquer dúvida que ainda pudesse remanescer sobre a inclusão da penalidade pecuniária no crédito tributário, pois não seria lícito atribuir ao legislador ter dedicado um inciso especificamente para tratar da exclusão do crédito tributário de algo que nele não está contido.

Poder-se-ia argumentar em sentido contrário dizendo que, mesmo estando a penalidade pecuniária contida no crédito tributário, ao se referir a "crédito" no artigo 161, o Código não estaria se referindo ao crédito tributário, mas apenas ao tributo. Questiona-se, por exemplo, o fato de a parte final do caput do artigo fazer referência à imposição de penalidade e, portanto, se os juros seriam devidos, sem prejuízo da aplicação de penalidades, estas não poderiam estar sujeitas aos mesmos juros.

Inicialmente, conforme a advertência de Carlos Maximiliano, não vejo como, num artigo de lei, em um capítulo que versa sobre a extinção do crédito tributário e numa seção que trata do pagamento, forma de extinção do crédito tributário, a expressão “o crédito não integralmente pago” possa ser interpretado em acepção outra que não a técnica, de crédito tributário.

Sobre a alegada contradição entre a parte inicial e a parte final do dispositivo que essa interpretação ensejaria, penso que tal imperfeição de fato existe. Mas se trata aqui de situação como a que me referi nas considerações iniciais, em que as limitações da linguagem ou mesmo as imperfeições técnicas que o processo legislativo está sujeito produzem textos imprecisos, às vezes obscuros ou contraditórios, mas que tais ocorrências não permitem concluir que a melhor interpretação do texto é aquela que harmoniza a própria estrutura gramatical do texto, e não aquela que melhor harmoniza esse dispositivo com os demais que integram o diploma legal.

É interessante notar que em outro artigo do mesmo CTN o legislador incorreu na mesma aparente contradição ao se referir conjuntamente a crédito tributário e a penalidade. Refiro-me ao art. 157, segundo o qual “a imposição de penalidade não ilide o pagamento integral do crédito tributário”. Uma interpretação apressada poderia levar à conclusão de que a penalidade não é parte do crédito tributário, pois a sua imposição não poderia excluir o pagamento dela mesma. Porém, essa inconsistência gramatical não impediu que a doutrina, de forma uníssona, embora a remarcando, mas não por causa dela, extraísse desse texto a prescrição de que a penalidade não é substitutiva do próprio tributo, estremendo nesse ponto o Direito Tributário de certas normas do Direito Civil em que penalidade é substitutiva da obrigação; de que o fato de se aplicar uma penalidade pelo não pagamento do tributo, por exemplo, não dispensa o infrator do pagamento do próprio tributo.

[...]

Não é preciso grande esforço de interpretação, portanto, para se concluir que o crédito tributário compreende o tributo e a penalidade pecuniária, interpretação que harmoniza os diversos dispositivos do CTN, ao contrário da tese oposta. Acrescente-se, supletivamente, que, como se verá com detalhes mais adiante, a legislação ordinária de há muito vem prevendo a incidência dos juros sobre a multa de ofício, sem que se tenha notícia da invalidação dessas normas pelo Poder Judiciário, por falta de fundamento de validade.

Concluo, assim, no sentido de que o art. 161 do CTN autoriza a cobrança de juros sobre a multa de ofício. Porém, conforme disposto no seu parágrafo primeiro, esses deverão ser calculados à taxa de 1% ao mês, salvo se lei dispuser de modo diverso, o que introduz a segunda questão: a da existência ou não de lei prevendo a incidência de juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic.

Corroborando o entendimento de que o crédito e a obrigação tributária são compostos pelo tributo devido e pelas penalidades eventualmente exigíveis, em 1/9/2009, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça assim decidiu nos autos do Recurso Especial nº 1.129.990/PR, sob a condução do Ministro Castro Meira:

TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.

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

2. Recurso especial provido.

Analisou-se, no caso, norma estadual questionada sob o argumento de que a multa por inadimplemento de ICMS não integraria o crédito tributário. Interpretando o artigo 161 do CTN em conjunto com os artigos 113 e 139 do CTN, o Ministro concluiu que *o crédito e a obrigação tributária são compostos pelo tributo devido e pelas penalidades eventualmente exigíveis* e, tendo em conta que o artigo 161 do CTN, ao se referir ao crédito, *está tratando de crédito tributário*, concluiu que referido dispositivo *autoriza a exigência de juros de mora sobre multas*.

Este foi, aliás, o entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, como se vê no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.335.688/PR, de 4/12/2012, Relator Min. Benedito Gonçalves:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMA QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. 2. Agravo regimental não provido. (Grifei)

Vale destacar o seguinte trecho da decisão:

Quanto ao mérito, registrou o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região à fl. 163: "... os juros de mora são devidos para compensar a demora no pagamento. Verificado o inadimplemento do tributo, é possível a aplicação da multa punitiva que passa a integrar o crédito fiscal, ou seja, o montante que o contribuinte deve recolher ao Fisco. Se ainda assim há atraso na quitação da dívida, os juros de mora devem incidir sobre a totalidade do débito, inclusive a multa que, neste momento, constitui crédito titularizado pela Fazenda Pública, não se distinguindo da exação em si para efeitos de recompensar o credor pela demora no pagamento." (Grifei)

Em julgado recente, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu pela incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional, conforme se

verifica a partir da ementa do Acórdão nº 9101-002.514, de 13 de dezembro de 2016, do qual foi relator o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

[...]

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício sofre a incidência dos juros de mora, conforme estabelecido no art. 161 do CTN. Precedentes do STJ.

Portanto, não assiste razão à Contribuinte quando afirma que a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício não encontra respaldo na legislação. Como se viu, a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício decorrem da lei.

Por fim, conforme o antes transscrito § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430, de 1996, a taxa aplicável ao débitos de que aqui se trata, aí incluídos, como se viu, os decorrentes da aplicação de multa de ofício, é aquela "a que se refere o § 3º do art. 5º", qual seja a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -Selic. Veja-se:

Art. 5º (...)

§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Pelo exposto, vota-se no sentido de manter a aplicação dos juros de mora à taxa SELIC sobre a multa de ofício, negando provimento ao Recurso Especial do Sujeito Passivo no que diz respeito a este tema.

3.4 PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA

Em vista de que foram glosadas parcelas de amortizações dos ágios promoveu-se o ajuste nos saldos de prejuízos fiscais, de modo que no ano-calendário 2007 apurou-se saldo insuficiente de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa de CSLL. Esses saldos devem ser novamente ajustados em face da desistência do sujeito passivo do recurso em relação à parcela do crédito tributário correspondente ao denominado "Ágio BIC" e em decorrência da exoneração da parte do lançamento relacionado ao denominado "Ágio CAJATI".

Em face do exposto:

(i) conheço, em parte, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para restabelecer, em parte, a exigência da multa qualificada;

(ii) conheço do Recurso Especial da contribuinte e dou-lhe parcial provimento para excluir do lançamento a parcela do crédito tributário referente ao denominado "Ágio CAJATI".

É como voto.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura - Redator Designado

O presente voto vencedor diz respeito exclusivamente à admissibilidade do recurso especial da PGFN em relação à matéria "multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas". Não obstante o substancioso voto da I. Relatoria, manifestei divergência sobre a questão e nesse ponto fui acompanhado pela maioria do Colegiado.

Isso porque entendo que o recurso **não pode ser conhecido** em relação à matéria.

O acórdão recorrido afastou a multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas mensais por **dois** fundamentos: (1) impossibilidade de lançamento de multa isolada após o encerramento do ano-calendário e (2) impossibilidade de concomitância entre a multa isolada e a multa de ofício.

Transcrevo excerto do voto da decisão recorrida (parte em que foi vencedora), no qual se menciona jurisprudência sobre o assunto:

Cite-se a esse respeito entendimento firmado no âmbito administrativo pela CSRF do antigo Conselho de Contribuintes, Acórdão CSRF/0105.875, proferido em 23/06/2008, da Relatoria do ex-Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima:

MULTA ISOLADA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano. O tributo devido pelo contribuinte surge quando é o lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano. Improcede a aplicação de penalidade pelo não-recolhimento de estimativa quando a fiscalização apura, após o encerramento do exercício, valor de estimativas superior ao imposto apurado em sua escrita fiscal ao final do exercício.

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Tanto que a decisão recorrida tratou dos dois fundamentos para afastar a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais, que a recorrente, PGFN, apresentou acórdãos paradigmáticos enfrentando: (1) a impossibilidade de lançamento de multa isolada após o encerramento do ano-calendário, Acórdãos nº 1302-001.080 e nº 1202-000.964; e (2) para a impossibilidade de concomitância entre a multa isolada e a multa de ofício, Acórdão nº 1202-00.410.

Ocorre que, acertadamente, a Relatora só identificou a demonstração da divergência na interpretação da legislação tributária (art. 67, Anexo II do RICARF) para apenas um fundamento, a impossibilidade de lançamento de multa isolada após o encerramento do ano-calendário. Para o outro fundamento, relativo à concomitância de multa isolada com a multa de ofício, a PGFN **não** logrou demonstrar a divergência.

No caso dos autos, a matéria "multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas mensais" sustenta-se por dois **fundamentos, que se complementam**. Por isso, para a reforma da decisão, **ambos** deveriam ser superados.

Assim, considerando que a reforma da decisão recorrida só poderia se operacionalizar caso enfrentados os dois fundamentos, e que apenas um deles foi admitido, resta consumada a insuficiência do recurso em relação à matéria "multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas mensais".

Não haveria nenhuma **utilidade** apreciar o mérito apenas do fundamento "impossibilidade de lançamento de multa isolada após o encerramento do ano-calendário". Ainda que fosse objeto de reforma, ainda remanesceria a necessidade de análise do fundamento "impossibilidade de concomitância entre a multa isolada e a multa de ofício", cuja divergência não foi demonstrada.

Diante do exposto, voto no sentido de **não conhecer** do recurso especial da PGFN, em relação à matéria "multa isolada sobre falta de recolhimento de estimativas mensais".

(assinado digitalmente)

Andre Mendes de Moura

Declaração de Voto

Conselheiro Luís Flávio Neto

Na reunião de novembro de 2017, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (“CSRF”) analisou recursos especiais interpostos por **BUNGE FERTILIZANTES S/A** (doravante “contribuinte”) e pela **PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL** (doravante “PFN”), em face do acórdão 1402-001.460 (doravante “acórdão *a quo*” ou “acórdão recorrido”)

Nesta declaração de voto, permissa vénia, apresento fundamentos que me fizeram votar pelo PROVIMENTO do recurso especial interposto pelo contribuinte (que comprehendo que deve ser conhecido apenas parcialmente) e pelo NÃO PROVIMENTO do recurso especial interposto pela PFN (que comprehendo que sequer deveria ser conhecido).

O recurso especial do contribuinte, na parte conhecida, diz respeito à amortização fiscal do ágio em uma série de reestruturações societárias efetivamente praticadas. A Turma *a quo* compreendeu que tais operações não poderiam dar ensejo à amortização fiscal do ágio, especialmente pela utilização da chamada “empresa veículo” nas reestruturação realizadas.

Para não me estender nesta declaração de voto, **abordarei apenas a questão da inexistência de qualquer ilegalidade da constituição das referidas empresas com propósito específico.**

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio com o acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “a realização” do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”².

Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas no ínterim entre a aquisição de investimento com ágio e a absorção desta pela empresa investidora (ou vice-versa), o que exige que se comprehenda qual a relevância tributária de tais operações *intermediárias, periféricas, adjacentes*. Em especial, a tese sustentada pela PFN exige que este Tribunal adote uma das seguintes interpretações:

1º) As reorganizações societárias que não ocasionem o encontro da entidade investida e da que detém o investimento são indiferentes e neutras para fins fiscais: por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

² AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715.

2º) As reorganizações societárias em questão fazem com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado: por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

Compreendo que essas operações societárias periféricas, que não possibilitam o encontro dos acervos patrimoniais da investidora e da investida, são **indiferentes e neutras para fins de amortização fiscal do ágio**.

Para o caso em exame nos presentes autos, interessa analisar com mais detalhes a questão da “empresa-veículo”.

Com paralelo nas “*conduit companies*”, a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois é capaz de abarcar situações distintas e encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.

Salvo hipótese de fraude, a utilização de “empresa-veículo” não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. Por isso é correto afirmar que tais operações são *neutras*, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.³ classifica de “*permissão fraca*”. Ensina o Professor que:

“Permissões, no entanto, não resultam apenas de um preceito expresso, mas também da ausência de norma, do que decorre a chamada liberdade negativa. A permissão por ausência de norma (livre por não estar proibido nem ser obrigado) chama-se *permissão fraca*. Já a permissão que resulta da norma se chama *permissão forte*, que aponta para a liberdade no sentido positivo.”

De fato, não há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo. O que há é uma tese sobre uma “*interpretação*” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda da possibilidade de amortização do ágio em face de reorganizações societárias com empresas-veículo.

Como não há disposição expressa nesse sentido que dê ensejo a argumentos contundentes apoiados em *interpretação literal*, é necessário investigar se uma interpretação sistemática, teleológica ou mesmo histórica apoiariam tal tese.

De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedural* básica prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição onerosa de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as

³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da compensação de prejuízos fiscais ou da *trava* de 30%, *in* Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, ano 10, n. 60. Belo Horizonte, 2012.

despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI⁴: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

Além disso, parece fora de dúvida que, ausente manifestação clara e expressa do legislador para a limitação de liberdades fundamentais, qualquer interpretação que conduza a tal limitação deverá ser avaliada a partir das normas constitucionais que tutelam a liberdade que se pretende restringir. Na ausência de tal manifestação expressa de forma clara pelo legislador, a análise sistemática do ordenamento demanda, antes de tudo, verificar se a interpretação em questão contraria liberdade constitucional de empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece ser dever do julgador administrativo evitá-la. A razoabilidade dessa tese deve enfrentar esse teste fatal.

A tese em questão evidencia duas interpretações antagônicas do art. 25 da Lei n. 9.532/97:

1º) A utilização de empresa-veículo é indiferente ou mesmo goza de permissão do sistema jurídico: por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

2º) A utilização de empresa-veículo faz com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado: por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: *a garantia à livre iniciativa e à livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal⁵. Como observa EROS ROBERTO GRAU⁶, a livre

⁴ POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, *in* Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord.: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e). São Paulo : MP Editora, 2014, p. 157-8.

⁵ BRASIL, CF/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁶ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 212-213. Conforme o autor: “não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial

iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁷, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

“Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).⁸ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação⁹.

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e *com quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*. TULIO ROSEMBUJ¹⁰ observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela¹¹.

(isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo”.

⁷ APUD GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 206-207.

⁸ Cf. BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-240. No mesmo sentido, TÔRRES, Heleno Taveira. O conceito constitucional de autonomia privada como poder normativo dos particulares e os limites da intervenção estatal, in Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Heleno Taveira Torres (coordenador). Barueri : Manole, 2005, p. 567.

⁹ Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Elisión tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

¹⁰ ROSEMBUJ, Túlio. El fraude de lei, la simulación y el abuso de las formas em el derecho tributario. Barcelona : Marcial Pons. 1999, p. 57.

¹¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 210.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU¹², nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI¹³ já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo um problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas juridicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomia com la libertad natural o moral del hombre*”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR¹⁴, a “intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos.” **Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.**

Por maior que seja o esforço dialético, uma investigação sistemática, com o cotejo analítico das aludidas normas constitucionais, torna evidente não ser razoável a interpretação que, à revelia de lei em sentido estrito nesse sentido, conclua que as reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”¹⁵. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

Em linha com o quanto exposto acima, se uma liberdade econômica é bloqueada, ainda que por via obtusa, o Estado deixa de “normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”, o que é consentâneo com a Constituição. Ocorre que a liberdade de empresa, que pressupõe a livre contratação e auto-organização colocam em xeque a tese ora em análise, pela qual uma operação válida perante o Direito privado e que não traz qualquer “prejuízo” ao erário, seria sancionada com o perecimento do direito à amortização fiscal das despesas de ágio garantida pela Lei n. 9.532/97.

Afinal, porque seria válida interpretação que conduz à manifesta desigualdade tributária, autorizando a amortização do ágio a algumas empresas, mas negando-a para outras? O exemplo dos fundos de previdência é muito ilustrativo, pois geralmente há

¹² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 203.

¹³ FERRI, Luigi. La autonomia privada. Madri : Editora Revista de Derecho Privado, 1969, p. 4-5.

¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. – Barueri, SP : Manole, 2007, p. 195.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. – Barueri, SP : Manole, 2007, p. 195.

normas regulatórias que não permitem a absorção das empresas investidas ou, ainda, que sejam absorvidas por estas. Porque seria legítimo restringir o direito à livre iniciativa e de contratar de tais entidades, com a vedação à utilização de empresas veículo que pudesse adquirir o investimento e após realizar os procedimentos societários necessários à amortização do ágio? Ou, com olhos ao princípio da livre concorrência, porque tais fundos deveriam ser submetidos a condições desiguais, com o cerceamento de seu direito à amortização do ágio?

Tal consideração não se aplica apenas quando empresa adquirente do investimento seja um fundo de previdência, instituição bancária ou outras entidades com normas regulatórias próprias. A interpretação proposta pela PFN imputaria à mais comum das empresas desigualdade em relação a outras que se encontrem em situação semelhante, o que redundaria em inevitável vilipêndio do princípio da livre concorrência. Para que reste evidenciada a seriedade de tal constatação, suponha-se que três grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e todos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas:

“Empresa A”: Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;

“Empresa B”: Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

“Empresa C”: Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizar a posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

“Empresa D”: Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizar a posterior amortização fiscal do ágio, após a aquisição de investimento com ágio em empresa brasileira, decide constituir uma empresa brasileira para deter o investimento investimento e a posteriormente proceer a incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a empresa “A” estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Tanto as empresas “B”, “C” e “D” seriam privadas da possibilidade de se valer da *economia de opção* em questão.

O tratamento desigual e o desequilíbrio concorrencial evidenciados nesse exemplo hipotético denunciam a desproporcionalidade e ausência de razoabilidade dessa interpretação que restringe direitos à revelia de lei que lhe dê suporte.

A desigualdade perpetrada por essa interpretação se mostra mais discriminatória, no exemplo acima, em relação às empresas “C” e “D”. Tratando-se de empresa estrangeira, não se poderia cogitar que incorporasse diretamente a empresa brasileira investida ou, ainda, que fosse incorporada por esta. A **isonomia entre esta empresa e as demais concorrentes de mercado apenas se verificaria se, por exemplo**, a “Empresa C” constituísse uma pessoa jurídica no Brasil (empresa-veículo), na qual pudesse integralizar capital suficiente para a aquisição do investimento para, após, executar a fórmula prescrita pelo legislador.

A restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da maior participação do Estado no patrimônio privado, encontra como obstáculo a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação, torna defesa à administração fiscal ingerências às lícitas decisões empresariais. Ausente lei em sentido estrito, sob pena de arbitrariedade, não pode a administração fiscal se opor às aludidas reorganizações societárias, especialmente quando tal ato conduza, por si só, à maior tributação do patrimônio privado.

Por sua vez, o recurso **especial interposto pela PFN** diz respeito à qualificação da multa de **ofício imposta ao contribuinte**, a qual requer seja majorada para o **percentual de 150%** em face da utilização de “empresa veículo” nas reestruturações societárias implementadas.

Nesse ponto, o acórdão recorrido restou assim ementado:

“MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE.

Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para o percentual de 150% depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não houve dolo por parte do contribuinte, logo incabível a aplicação da multa qualificada.”

Referido acórdão foi objeto de embargos de declaração acolhidos pela Turma *a quo*, valendo destacar a correspondente ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NOVO PRONUNCIAMENTO PARA SUPRIR OMISSÃO.

Constatado que o acórdão foi omissivo, prolatase nova decisão a fim de suprir a lacuna apontada.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005

DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO E AUSÊNCIA DE DOLO FRAUDE OU SIMULAÇÃO. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO A PARTIR DA DATA DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. PRECEDENTE DO STJ NO RECURSO ESPECIAL N° 973.733/SC.

Comprovada a ocorrência de pagamento antecipado, e inexistindo a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial deve se dar com base no disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, a partir da ocorrência do fato gerador. Precedente do STJ no Recurso Especial nº 973.733/SC julgado nos termos do art. 543-C do CPC o que implica, em razão do disposto no art. 62, §2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, vinculação dos membros deste Colegiado à tese vencedora no âmbito do STJ.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

IRPJ/CSLL. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DO ÁGIO.

1. O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.
2. Em regra, o ágio efetivamente pago - em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura - deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).
3. A exceção trazida pelo caput do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II). A operacionalização de tal reestruturação de forma artificial, calcada em operações meramente formais e com fins unicamente tributários mediante utilização de “empresas veículo”, não possui o condão de alterar a verdade dos fatos, de modo a transformar o que deveria ser contabilizado como custo do investimento em amortização de ágio.
3. A amortização do ágio oriundo de operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificiais e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal.
4. Nesse cenário, o ágio artificialmente transferido não pode ser utilizado para redução da base de cálculo de tributos.
5. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente, no caso concreto, a transferência do ágio ao real investidor para fins de amortização. Tal cenário não se altera ainda que a sociedade veículo não tenha sido criada pela real adquirente, se, por mera interposição de tal pessoa jurídica no negócio realizado, advierem efeitos tributários distintos do que seriam esperados da real operação levada a efeito.

O artigo 44, da Lei 9.430/1996, apresentava a seguinte redação à época dos fatos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de **evidente intuito de fraude**, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.
(...)

A matriz legal prescrita pelo legislador ordinário prevê penalidades diferentes para hipóteses factuais distintas:

- **multa de ofício de 75% (Lei n. 9.430/96, art. 44, I):** cabível quando o sujeito passivo tributário deixar de pagar ou recolher, declarar ou apresentar declaração inexata do tributo devido;
- **multa de ofício de 150% (Lei n. 9.430/96, art. 44, II):** cabível quando o contribuinte além de deixar de pagar ou recolher, declarar ou apresentar declaração inexata do tributo devido, o faz mediante conduta demonstradamente dolosa, isto é, quando ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei n. 4.502/64, com **evidente intuito de fraude**.

É da essência da sonegação o propósito de ocultar, de impedir ou retardar o conhecimento da autoridade administrativa a respeito da ocorrência do fato jurídico, de algum

de seus elementos ou de condições pessoais do contribuinte. O *dolo* pode ser verificado em uma série de fatores que evidenciam a intuito de privar o Estado de arrecadação tributária a que faria jus. À época dos casos dos autos, o legislador exigia que intuito de fraude por parte do contribuinte fosse **evidente**.

No presente caso, a questão reside em saber se há um acervo de provas que torne “evidente” a prática de atos dolosos, vocacionados a ocultar o fisco o conhecimento quanto à ocorrência do fato gerador (sonegação) ou mesmo fraudar a ocorrência deste.

Permissa vénia aos Conselheiros que compreenderam de forma diversa, mas compeendo ser **evidente a ausência de intuito doloso por parte do contribuinte** na amortização fiscal de ágio efetivamente incorrido.

No caso sob análise, os seus fatos relevantes tiveram início há mais de 12 anos, o que exige, para a correta aplicação das normas jurídicas, necessária contextualização. Ocorre que, há época dos fatos, o entendimento dominante consistia na legitimidade fiscal das operações em tela (transferência de investimento com ágio mediante adoção de empresa veículo), o que exclui a possibilidade do contribuinte ter agido com o específico intuito doloso de evadir tributos.

Mesmo nos dias atuais é bastante controvertido a inoponibilidade fiscal do ágio amortizado pelo contribuinte. O presente julgamento é prova disso: parcela da operação foi considerada legítima pela maioria dos julgadores desta CSRF, mesmo na presença de uma empresa veículo, enquanto que, em relação às demais operações, metade dos Conselheiros compreenderam pela sua legitimidade (prevalecendo, em relação a estas, a manutenção da autuação fiscal pelo voto de qualidade).

É possível reputar que tais operações, realizadas às claras e sem a utilização de subterfúgios para acobertar quaisquer de seus detalhes, traziam embutidas um evidente dolo específico para a evasão de tributos, se ainda hoje são muito eloquentes as posições que consideram referidas reestruturações societárias plenamente legítimas?

Compreendo que não. Em relação às referidas glosas de despesas de ágio mantidas pelo voto de qualidade no julgamento realizado por este e. Colegiado, se mácula houve, esta apenas pode estar relacionada a mero “erro de direito”, isto é, à incorreta compreensão quanto às normas tributárias em questão.

Permissa máxima venia, em face de um sistema tributário complexo como o nosso, se o “erro de direito” passar a ser equiparado a atos praticados com “evidente intuito de fraude” (sujeitos a multas de 150% e também a consequências da esfera penal), caminharemos para a penalização generalizada de tudo e de todos, o que não é condizente com o Estado de Direito e nem reflete a adequada aplicação das normas punitivas prescritas pelo legislador competente.

Há ainda duas questões relacionadas à proteção da confiança do contribuinte face às mensagens emanadas pela administração fiscal que, por encontrar raízes no princípio da segurança jurídica, devem ser consideradas com atenção: i) o contribuinte ora sob julgamento parece ter agido justamente de acordo com a jurisprudência administrativa dominante à época, que repetidamente considerava legítima a utilização de empresas veículo em reestruturações societárias dessa natureza; ii) em nenhum momento foi editada instrução normativa, ato declaratório ou qualquer outro pronunciamento dessa natureza veiculando entendimento

diverso pela administração fiscal, capaz de esclarecer à sociedade que operações como as praticadas não seriam consideradas legítimas.

O contexto em questão requer, portanto, seja aplicado o art. 112 do CTN, o que torna cogente, ao menos, a desqualificação da multa de ofício para o percentual de 75%.

Pelo exposto e pelos demais fundamentos declinados no julgamento deste caso, quanto às matérias admitidas, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial do contribuinte e por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da PFN.

(assinatura digital)
Luís Flávio Neto