Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16561.720063/2016-36

Processo nº	16561.720063/2016-36
Recurso	Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº	**9101-006.519 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de	4 de abril de 2023
Recorrentes	AMBEV S/A
	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. CSLL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONTEXTOS FÁTICOS E JURÍDICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisões em contexto fático e legislativo distinto, concernente à necessidade de adição, à base de cálculo da CSLL, de amortizações adicionadas ao lucro real porque decorrentes de participação mantida no patrimônio da investidora, na forma do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, e não por exigência reflexa de CSLL em razão de amortização de ágio apropriada com base nos critérios trazidos pela Lei nº 9.532, de 1997.

MULTA QUALIFICADA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

A observância das formalidades legais na realização de todas as operações relativas à absorção de patrimônio de uma sociedade com registro de ágio, sem prova irrefutável de fraude ou de tentativa de mascarar ou encobrir os fatos, desautoriza a qualificação da multa de ofício.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO A PARTIR DE 2007. EXIGÊNCIA DEPOIS DO ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO. LEGALIDADE.

A partir do ano-calendário 2007, a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional; e (ii) por maioria de votos, conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, exceto quanto à matéria "dedutibilidade do ágio para fins de CSLL", vencido o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto (relator), que votou pelo conhecimento integral. No mérito, acordam em: (i) por maioria de votos, negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por dar-lhe provimento; e (ii) relativamente ao recurso do Contribuinte: (a) por maioria de votos, dar-lhe provimento em relação à matéria "multa qualificada", vencida a conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por negar provimento; (b) por voto de qualidade, negar-lhe provimento em relação à matéria "multa isolada", vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator), Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por dar-lhe provimento; votou pelas conclusões do voto vencido o conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Lívia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recursos Especiais de Divergência, interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional e pelo Contribuinte com amparo do art. 67, do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. Transcrevem-se a Ementa e a parte dispositiva do acórdão recorrido:

> "ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
>
> Ano¬-calendário: 2011, 2012, 2013
>
> DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. O instituto da decadência tributária diz respeito à ocorrência do fato gerador e sua posterior constituição por lançamento. Não havendo lançamento não há que se falar em decadência.

Original

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. Age de forma fraudulenta a empresa que, dolosamente, mascara a realidade, possibilitando a alteração das características essenciais do fato gerador, buscando a viabilização da dedução fiscal de um ágio cuja amortização não encontra respaldo legal.

ÁGIO DECORRENTE DA "OPERAÇÃO OPA". GLOSA DE DESPESA DE ÁGIO. REQUISITOS DE REGISTRO E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. DEDUTIBILIDADE

O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Atendidas as disposições contidas nos arts. 385 e 386 do RIR/99; além dos requisitos de ordem formal, como o arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, verifica-se a possibilidade de registro e amortização do ágio.

ÁGIO INTERNO.

Não tem eficácia tributária o ágio criado dentro de um grupo econômico, sem movimentação financeira, decorrente de conferência de ações de empresa estrangeira, pertencente ao grupo, a empresa nacional, sem motivação negocial, apenas para criar o ágio artificialmente, para, menos de dois meses depois, as ações retornaram à empresa estrangeira.

DESPESA INDEDUTÍVEL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

A despesa de amortização de ágio, decorrente de ágio considerado inoponível ao fisco, é despesa desnecessária à atividade da empresa.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

É devida a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais decorrentes de glosa de despesa de amortização de ágio inoponível ao fisco, não sendo aplicável a Súmula CARF nº 105, uma vez que o fato gerador é posterior à edição da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que alterou a legislação sumulada.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A interpretação teleológica e sistemática do conjunto normativo impõe o tratamento simétrico à CSLL nos casos de amortização de ágio, considerando que a neutralidade da avaliação pelo MEP inclui o ágio e o deságio e que esta neutralidade é aplicada à CSLL, conforme está expresso no artigo 2º da Lei nº 7.689, de 1988, que serviu, dentre outras normas, de fundamento para a presente autuação.

Original

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

É devida a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais decorrentes de glosa de despesa de amortização de ágio inoponível ao fisco, não sendo aplicável a Súmula CARF nº 105, uma vez que o fato gerador é posterior à edição da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que alterou a legislação sumulada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência suscitada, e, no mérito, por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário (exigências de IRPJ, CSLL e Multas Isoladas) quanto a glosa do ágio gerado na aquisição por meio da OPA, vencidos os conselheiros Carlos Cesar Candal Moreira Filho (Relator), Carmen Ferreira Saraiva (Suplente convocada), e Maria Lucia Miceli; por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário (exigências de IRPJ, CSLL e Multas Isoladas), quanto à glosa do ágio relativo a contribuição pela IBV na INBEV Holding, vencidos os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Gustavo Guimarães Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. Por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso de ofício, para restabelecer a multa qualificada quanto ao segundo ágio (glosa do ágio relativo a contribuição pela IIBV na INBEV Holding), vencidos os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Gustavo Guimarães Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias, ficando prejudicada a análise do recurso de ofício quanto ao primeiro ágio (OPA), em face do provimento do recurso voluntário neste ponto. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto, os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Luiz Tadeu Matosinho Machado."

No recurso especial, a Fazenda Nacional suscita divergência quanto à interpretação da legislação tributária em relação à matéria ágio decorrente de oferta pública de aquisição de ações (OPA), a partir da apresentação como paradigma do Acórdão nº 1103-001.151.

No mérito alega que e o ágio registrado pela INBEV BR em razão da OPA não é dedutível, pois essa "mais valia" não decorreu de um investimento adquirido de fato e de direito pela INBEV BR. De acordo com o edital da OPA e a contabilidade da INBEV BR, a INBEV SA foi a adquirente de fato e de direito das ações da AMBEV pagas por meio da INBEV BR. Por essa razão, tal despesa não pode ser vista como necessária, nem como aquela correspondente à amortização de um ágio válido.

Por imperiosidade legal, a INBEV SA necessariamente tinha que tentar adquirir as ações restantes da AMBEV. Essa obrigação era da empresa belga, identificada pela CVM (órgão responsável pelo controle das atividades das sociedades anônimas) como adquirente do controle

Original

da AMBEV, e, portanto, não poderia ser transferida a outra empresa, ainda que do mesmo grupo econômico.

Sendo assim, em obediência à Lei nº 6.404/1976, a INBEV SA se propôs a tentar adquirir as ações remanescentes da AMBEV. E, o pagamento por essas ações poderia se dar de duas formas: pagamento em ações da própria INBEV SA, ou pagamento em dinheiro. O pagamento em dinheiro, assim, seria necessariamente realizado pela INBEV SA, pois ela era a ofertante, ainda que utilizando-se de subsidiária brasileira, a INBEV BR. A INBEV BR figuraria como mera liquidante da obrigação da sua controladora estrangeira.

Destarte, a forma de pagamento das ações da AMBEV adquiridas por meio da OPA envolve apenas um aspecto meramente formal. Ele não é hábil a alterar a titularidade das ações adquiridas, ou a responsabilidade legal pela realização da oferta pública para a sua aquisição.

A verdadeira natureza da participação da INBEV BR na OPA. Sendo a empresa belga a necessária e indispensável titular de direito e de fato das ações da AMBEV adquiridas por meio da OPA (inclusive daquelas pagas em dinheiro), a INBEV BR participou como mera intermediadora do pagamento realizado aos acionistas que optaram por receber dinheiro em troca de suas ações da AMBEV. De acordo com o edital e a Lei nº 6.404/1976, a empresa brasileira agiu por conta e ordem da sua controladora belga.

Sustenta ainda que o ágio decorrente da aquisição da participação societária da AMBEV por meio da OPA foi criado pela INBEV SA, e do patrimônio dessa empresa nunca saiu. Sendo exclusivo da INBEV SA, esse ágio não há como ser aproveitado nos termos do artigo 386 do RIR/99 numa operação societária realizada entre suas controladas. O imprescindível encontro entre o ágio e o investimento que lhe deu causa se mostra assim impossível.

Intimada, a Interessada apresentou contrarrazões em que sustenta conforme bem esclarecido em parecer específico para o caso concreto de Modesto Carvalhosa (doc. 01), o ágio é apenas uma parte integrante do custo de aquisição das ações, de modo que tendo sido a Inbev Holding Brasil a efetiva adquirente das ações na OPA e quem de fato assumiu todos os direitos e obrigações de acionista, era somente esta sociedade quem podia (tinha a obrigação legal) de registrar o ágio e posteriormente amortizá-lo, sendo certo que foi exclusivamente ela e não a Inbev S.A. ou a IIBV quem arcou com o custo da aquisição, como ressaltado pelos professores de contabilidade da USP Bruno M. Salotti, Guillermo Braunbeck e L.Nelson Carvalho em parecer também específico para o caso concreto (doc. 02).

No caso foi expressamente autorizado pela CVM que a aquisição das ações decorrente da OPA realizada pela Inbev S.A. fosse feita por sua controlada brasileira, a Inbev Holding Brasil, sendo esta a real adquirente do investimento em nome próprio, e não a empresa belga INBEV S.A.

Toda a argumentação da Recorrente para sustentar a suposta inexistência de "confusão patrimonial" no caso concreto parte de uma interpretação totalmente equivocada das disposições expressas do edital da OPA, bem como da premissa de que a INBEV S.A. tinha ela própria a obrigação de comprar as ações objeto da OPA, o que, como bem reconhecido pelo v. acórdão recorrido e atestado no parecer de Modesto Carvalhosa em anexo (doc. 01), consiste em manifesto equívoco.

Para a Lei das S.A.s e para a CVM o fundamental é que ao acionista minoritário seja assegurada a possibilidade de vender suas ações em condições semelhantes (no mínimo 80%

Original

do valor) àquelas oferecidas aos ex-controladores, e jamais pretendeu negar a Recorrida o fato de que a obrigação de realizar esta oferta aos minoritários era exclusivamente da INBEV S.A. Isto contudo não quer dizer que a aquisição em si devesse necessariamente ser feita pela própria INBEV S.A., permitindo expressamente a CVM que tanto a aquisição em dinheiro como a aquisição com ações da INBEV S.A. pudessem ser feitas por uma controlada direta ou indireta sua.

Acresce que o fato de o ofertante ser definido pela CVM como "o proponente da aquisição de ações em uma OPA" e não "o adquirente de ações em uma OPA" demonstra claramente que a figura do ofertante não se confunde com a figura do adquirente, como parece imaginar a Recorrente, o que é confirmado pelo § 2º do artigo 3º da Instrução CVM nº 361/02, que equipara ao ofertante todas as pessoas arroladas nos seus incisos, inclusive a empresa que seja controlada pelo ofertante, como era no caso concreto a INBEV BR.

Assim, sob a perspectiva societária, não há dúvida alguma de que quem adquiriu as ações dos minoritários da Ambev que optaram pela venda em espécie foi a INBEV BR e não qualquer outra empresa, sendo ela "a única apta a exercer perante a sociedade objeto da oferta quaisquer direitos políticos e/ou patrimoniais decorrentes da participação societária adquirida, tais como direito de voto em assembléia geral, direito ao recebimento de dividendos quando deliberara sua distribuição, bem como, eventualmente, direitos de preferência em relação aos demais sócios, quando for o caso", conforme resposta de Modesto Carvalhosa ao 4o quesito da Recorrida, o que igualmente afasta por completo a assertiva da Recorrente de que a aquisição teria sido feita pela Recorrida por conta e ordem de terceiro.

A tese defendida pela Recorrente equivoca-se também do ponto de vista contábil, como demonstrado no item II.1 do recurso voluntário, uma vez que sendo o ágio apenas parte do custo de aquisição de uma participação acionária, é evidente que não há como se falar que a Recorrida teria registrado e amortizado um ágio de terceiros, no caso a empresa belga INBEV S.A., se como visto não foi aquela empresa nem a IIBV quem adquiriu as ações da Ambev na OPA e sim a Inbev Holding Brasil, incorporada pela Ambev.

Assim, desde o início da operação foi ela concebida de modo a que o controle acionário da Ambev pela belga INBEV S.A. se desse por meio das empresas holding Ambrew (recebida dos antigos controladores da Ambev em troca de ações da própria Inbev S.A., e que tinha como único ativo o investimento na INBEV BR) e IIBV, que se tornou acionista da Ambev quando lhe transferiu por incorporação o controle da Labatt.

E mais, inda que a aquisição das ações na OPA pela empresa brasileira INBEV BR tivesse por único e exclusivo objetivo viabilizar a amortização do ágio correspondente às ações que obrigatoriamente seriam adquiridas na ocasião por preço superior ao valor patrimonial, dúvida não poderia haver quanto ao direito da Recorrida à amortização deste ágio, porque é exatamente isso o que quis a lei.

De sua parte o contribuinte suscitou divergência em relação às seguintes matérias: 1) dedutibilidade do ágio amortizado, apurado na conferência das ações da AmBev no capital da Inbev Holding Brasil, decorrente da integralização do capital da Inbev Holding Brasil pela empresa holandesa IIBV, em 30/05/2005, mediante entrega das ações detidas por aquela companhia na AmBev, por seu custo de aquisição (acórdãos nº 1301-002.434 e 1201-001.534); 2) não incidência da CSLL na glosa da despesa de ágio amortizado, referido no item anterior (acórdãos nº 9101-002.310 e 103-22.113,); 3) afastamento da multa qualificada, que fora aplicada em consequência da dedução, no cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL, da despesa de amortização do ágio citado no item 1, acima (acórdãos nº 1103-001.151 e 9101-

Original

002.183); 4) afastamento da multa isolada aplicada por falta de pagamento do estimativas de IRPJ e CSLL (acórdãos nº 1401-003.183 e 1301-003.763).

O despacho de admissibilidade deu seguimento parcial em relação aos temas (2) não incidência da CSLL na glosa da despesa de ágio amortizado; (3) afastamento da multa qualificada, que fora aplicada em consequência da dedução, no cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL, da despesa de amortização do ágio; (4) afastamento da multa isolada aplicada por falta de pagamento de estimativas de IRPJ e CSLL.

Apresentado o competente agravo, ele foi rejeitado. Posteriormente, as fls. 13602 e seguintes, a Contribuinte apresentou petição desistindo dos fundamentos atinentes à temática (2) não incidência da CSLL na glosa da despesa de ágio amortizado.

No mérito sustenta que a qualificação da multa de ofício foi restabelecida quanto ao segundo ágio com base no argumento de que as operações realizadas são válidas do ponto de vista formal, contudo teriam sido realizadas com o único intuito de gerar o benefício fiscal, consistente na amortização da referida mais-valia.

Contudo, o resultado das operações realizadas não foi apenas permitir o aproveitamento do ágio, tendo ocorrido efetiva alteração das situações verificadas antes e depois da integralização de capital e posterior incorporação da Inbev Holding Brasil. De fato, no caso concreto as operações desconsideradas pela fiscalização tiveram também legítimos e relevantes propósitos negociais diversos da viabilização do aproveitamento do ágio, que efetivamente se concretizaram e jamais poderiam ser tidos como artificiais porque as consequências constatadas no mundo dos fatos após sua realização são totalmente distintas daquelas que se materializariam se aquelas operações não houvessem sido realizadas, o que afasta por completo a acusação fiscal de que no caso teria ocorrido apenas um "passeio" com nenhum outro efeito além do surgimento do ágio amortizado.

O simples exame dos quadros comparativos juntados aos autos (doc. 08 da impugnação), que retratam exatamente as mesmas operações societárias realizadas, com e sem a "escala" e o "passeio", e também com a "escala" mas sem o "passeio", cujas informações foram corroborados pela KPMG (doc. 09 da impugnação) evidenciam claramente que, diversamente do afirmado pela fiscalização, o resultado destas operações não foi absolutamente apenas viabilizar a amortização do ágio (efetivamente pago, diga-se de passagem), mas em realidade cada uma delas isoladamente contribuiu para a concretização daquilo que sempre foi o objetivo buscado desde o início: a efetiva consolidação das posições acionárias do grupo, com a diluição da participação da Ambrew e concentração da participação indireta da Inbev S.A. na Ambev na holding IIBV, bem como no geral um efetivo aumento da participação indireta total da Inbev S.A. (Ambrew + IIBV) na Ambev que não teria sido obtido não fossem as operações em causa.

No caso concreto as operações realizadas tiveram sim finalidades não tributárias e produziram efeitos jurídicos outros diversos da mera viabilização da amortização do ágio. No presente caso como já demonstrado acima houve de fato a alteração das situações existentes antes e depois dos aumentos de capital e posterior incorporação da Inbev Holding Brasil, pois:

> a) como consequência das integralizações de capital na Inbev Holding Brasil pela IIBV (em dinheiro e em ações ordinárias e preferências da Ambev) e posterior incorporação daquela sociedade (cujo capital estava dividido apenas em ações ordinárias) pela Ambev, a IIBV não voltou a ter as mesmas ações que antes possuía, como afirma a fiscalização e foi repetido pelo v. acórdão recorrido, mas na realidade viu reduzida a

Original

> quantidade de ações preferenciais por ela anteriormente detida mas aumentou sua participação total, conforme pretendido;
>
> b) em consequência do exposto acima, como já acima noticiado, no período de 01/09/2005 a 30/07/2013 o grupo Inbev (IIBV + Ambrew) recebeu R$ 36 milhões de reais a mais de dividendos, mas a IIBV isoladamente considerada recebeu R$ 2.652.000.000,00 (dois bilhões, seiscentos e cinquenta e dois mil reais a mais de dividendos do que receberia se as operações não houvessem sido realizadas);
>
> c) o grupo Inbev (Ambrew + IIBV) viu sua participação total na Ambev majorada em 0,12%, correspondentes em 07/2013 a R$ 315.000.000,00, conforme apurado pela KPMG (doc. 09 da impugnação); e
>
> d) os acionistas minoritários da ECAP, que anteriormente possuíam apenas participação indireta em ações ordinárias da Ambev, passaram a ter participação direta em ações ordinárias e preferenciais daquela companhia.

Assim, demonstrada a necessidade da operação, de se afastar as alegações de que teria ocorrido fraude. Ademais, a simples intenção de obtenção de economia tributária não pode ser tida como dolo para a qualificação da multa.

Em relação à concomitância de multa isolada e multa de ofício, assevera que tendo sido cobrada da Recorrente a multa prevista no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, não cabe a exigência concomitante da multa isolada prevista no seu inciso II em razão do princípio da consunção em razão do qual a imposição de penalidade inerente a uma conduta de maior gravidade (no caso o suposto não pagamento dos tributos) absorve a penalidade correspondente à conduta de menor gravidade (no caso o não pagamento das estimativas mensais).

Intimada, a Representação Fiscal apresenta contrarrazões em que sustenta que a autoridade fiscal demonstrou os expedientes do contribuinte, que considerou caracterizadores da conduta dolosa de que cuida o artigo 72 da Lei 4.502/64.

Quanto à multa isolada, a teor do art. 44, inciso II, alínea "b", da Lei 9.430/96, a "multa isolada" é devida em função do não pagamento do tributo devido pelo regime de estimativa, ainda que o contribuinte tenha apurado, ao final do período, prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa. No caso, não há dúvida de que o Recorrido optou por recolher o IRPJ e a CSLL pelo regime de estimativa. Por outro lado, também não há dúvida de que o Recorrido descumpriu o regime, pois não recolheu integralmente o tributo, e não justificou o não recolhimento mediante a apresentação dos balancetes de suspensão ou redução.

Analisando-se os autos, vê-se que a aplicação da multa de ofício, prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, resultou de infrações às regras de determinação do lucro real praticadas pelo sujeito passivo, relativo aos anoscalendário de 2010 a 2012. Por outro lado, a denominada multa isolada, fundada no art. 44, II, alínea "b", da Lei nº 9.430/96, foi aplicada em razão do descumprimento, pelo recorrido, do modo de pagamento do IRPJ sobre base de cálculo estimada (art. 2º da Lei 9.430/96), relativo ao mesmo período.

As infrações apenadas pela chamada "multa de ofício" e pela "multa isolada" são diferentes. A multa de ofício decorre do não pagamento de tributo pelo contribuinte. Já a multa

Original

isolada decorre do descumprimento do regime de estimativa. Em suma, as multas de ofício e isolada não decorrem da mesma infração, e não incidem sobre a mesma base de cálculo. São multas inteiramente diversas, previstas em lei, e não configuram nenhum bis in idem, como entendido pela e. Turma a quo, quando afirma que ao se penalizar o todo, não se pode penalizar parte deste todo. Por consequência é indevida a aplicação do princípio da consunção nesta hipótese.

É em síntese o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE EVARISTO PINTO, Relator.

Recurso Especial da Fazenda Nacional - Admissibilidade

Tempestivo o Recurso Especial.

Assim dispõe o RICARF no art. 67 de seu Anexo II acerca do Recurso Especial de divergência:

> Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.
>
> § 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)
>
> § 2º Para efeito da aplicação do **caput**, entende-se que todas as Turmas e Câmaras dos Conselhos de Contribuintes ou do CARF são distintas das Turmas e Câmaras instituídas a partir do presente Regimento Interno.
>
> § 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.
>
> § 4º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de 1ª (primeira) instância por vício na própria decisão, nos termos da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.
>
> § 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

Original

§ 6º Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

§ 7º Na hipótese de apresentação de mais de 2 (dois) paradigmas, serão considerados apenas os 2 (dois) primeiros indicados, descartando-se os demais.

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

§ 9º O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 10. Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União.

§ 11. As ementas referidas no § 9º poderão, alternativamente, ser reproduzidas, na sua integralidade, no corpo do recurso, admitindo-se ainda a reprodução parcial da ementa desde que o trecho omitido não altere a interpretação ou o alcance do trecho reproduzido. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 12. Não servirá como paradigma acórdão proferido pelas turmas extraordinárias de julgamento de que trata o art. 23-A, ou que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar: (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

I - Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

II - decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543- C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil; e (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

III - Súmula ou Resolução do Pleno do CARF, e

IV - decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal que declare inconstitucional tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 13. As alegações e documentos apresentados depois do prazo fixado no caput do art. 68 com vistas a complementar o recurso especial de divergência não serão considerados para fins de verificação de sua admissibilidade.

Original

> § 14. É cabível recurso especial de divergência, previsto no caput, contra decisão que der ou negar provimento a recurso de ofício.
>
> § 15. Não servirá como paradigma o acórdão que, na data da interposição do recurso, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente. (Incluído pela Portaria MF nº 39, de 2016)
>
> [...]

Como já restou assentado pelo Pleno da CSRF[1], "*a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles*".

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffolli[2], "*a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, inocorrente, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal*".

Trazendo essas considerações para a prática, forçoso concluir que a *divergência jurisprudencial* não se estabelece em matéria de prova, e sim em face da aplicação do Direito, mais precisamente quando os Julgadores possam, a partir do cotejo das decisões (recorrido x paradigma(s)), criar a convicção de que a interpretação dada pelo Colegiado que julgou o *paradigma* de fato reformaria o acórdão recorrido.

No caso, tanto o acórdão recorrido quanto os paradigmas se referem a fatos relacionados à mesma contribuinte, no caso a Recorrente, decorrentes do mesmo processo fiscalizatório, tendo por diferença tão somente o período de apuração.

Neste contexto, apesar de idêntico contexto fático, a interpretação da legislação foi diversa nos paradigmas e no acórdão recorrido, razão pela qual entendo deva ser conhecido o Recurso.

Recurso Especial da Contribuinte - Admissibilidade

No caso, tanto o acórdão recorrido quanto o paradigma n. 1103-001.151 se referem a fatos relacionados à mesma contribuinte, no caso a Recorrente, tendo por diferença tão somente o período de apuração.

Nesses termos, feito o cotejo, depara-se com a divergência entre as decisões confrontadas, uma vez que o voto condutor do acórdão recorrido embasou-se no entendimento de que a mera formalidade das operações não atribui legitimidade ao ágio. Mais além, salientou-se ainda, no caso em julgamento, que a economia de tributos resultante de operação sem propósito econômico é consequência de ato fraudulento. Portanto, tratando-se do mesmo ágio, é inevitável que se conclua a favor do dissídio jurisprudencial, o que autoriza a admissibilidade do apelo.

---

[1] CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.
[2] EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

Original

Quanto à multa isolada, decorre do despacho de admissibilidade:

> Nesses termos, feito o cotejo, depara-se com a divergência entre as decisões confrontadas, uma vez que o voto condutor do acórdão recorrido embasou-se no entendimento de que a mera formalidade das operações não atribui legitimidade ao ágio. Mais além, salientou-se ainda, no caso em julgamento, que a economia de tributos resultante de operação sem propósito econômico é consequência de ato fraudulento. Portanto, tratando-se do mesmo ágio, é inevitável que se conclua a favor do dissídio jurisprudencial, o que autoriza a admissibilidade do apelo

No caso, não havendo alegações contrárias ao conhecimento, o recurso especial da Recorrente deve ser conhecido, nos termos delimitados pelo despacho de admissibilidade, com fundamento nas razões do Presidente de Câmara, aqui adotadas na forma do art. 50, §1º, da Lei nº 9.784, de 1999.

Recurso Especial da Fazenda Nacional - Mérito

A Fazenda Nacional suscita divergência quanto ao ágio decorrente de oferta pública de aquisição de ações (OPA). Em que pese o esforço da Recorrente, entendo que não lhe assiste razão. A Interessada demonstrou do ponto de vista societário e contábil as razões da operação, bem como o preenchimento dos requisitos para amortização do ágio.

Neste sentido, o voto vencedor proferido no acórdão recorrido assim se manifestou:

> A decisão recorrida e o voto do Ilustre Relator ao sustentarem que a Inbev Holding Brasil teria registrado no caso um ágio de terceiros que por essa razão não poderia ter sido por ela amortizado a r. decisão recorrida e o voto do Ilustre Relator, incorreram em equívocos tanto do ponto de vista societário, como bem demonstrado por Modesto Carvalhosa em seu parecer trazido em sede de memoriais pela recorrente, como do ponto de vista contábil, como igualmente bem demonstrado por Bruno M. Salotti, Guillermo Braunbeck e L.Nelson Carvalho.
>
> Do ponto de vista societário, o bem jurídico protegido pela norma legal que determina a realização de uma oferta pública de ações, busca proteger exclusivamente o direito dos acionistas minoritários.
>
> De fato, para a Lei das S.A.s e para a CVM o fundamental é que ao acionista minoritário seja assegurada a possibilidade de vender suas ações em condições semelhantes (no mínimo 80% do valor) àquelas oferecidas aos ex-controladores, e jamais pretendeu negar a Recorrente o fato de que a obrigação de realizar esta oferta aos minoritários era exclusivamente da Inbev S/A.
>
> Isto, contudo não quer dizer que a aquisição em si devesse necessariamente ser feita pela própria Inbev S/A, permitindo

Original

expressamente a CVM que tanto a aquisição em dinheiro como a aquisição com ações da Inbev S/A pudessem ser feitas por uma controlada direta ou indireta sua.

Vejamos os esclarecimentos de Modesto Carvalhosa, litteris:

"Ao dispor a respeito da alienação indireta do controle, a norma em comento visou exclusivamente tutelar os minoritários de companhias abertas – como a AMBEV, no caso presente – em hipóteses nas quais, embora indiretamente, ocorresse a transferência do centro do poder de controle de tais companhias, nos mesmos moldes do que se daria caso fosse realizada a negociação direta de suas ações.

Não é outra a finalidade do artigo 254-A da Lei de S/A. É, portanto, completamente irrelevante para a aplicação deste dispositivo legal se a efetiva aquisição de ações por força da OPA é implementada pela sociedade controladora direta da companhia aberta objeto, ou se por sua controladora final. Basta que, em tais situações, respeite-se o direito de venda conjunta dos minoritários em bases equitativas. Nesse mesmo sentido é o que dispõe o artigo 3º, V, e §2º, "a", da Instrução CVM n. 361/02, ao equiparar, para fins de realização da oferta de aquisição de ações, as sociedades adquirentes, suas controladoras e/ou controladas:

"Art. 3º – Para os efeitos desta Instrução, entende-se por:

(...)

V – ofertante: o proponente da aquisição de ações em uma OPA, seja ele pessoa natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos;

(...)

§2º Presume-se representando o mesmo interesse de outra pessoa, natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos, quem:

a) o controle, direta ou indiretamente, sob qualquer forma, seja por ele controlado ou esteja com ele submetido a controle comum; ou

(...)"

Isto posto, não há, no caso presente, qualquer irregularidade na transferência pela INBEV S/A para a INBEV HOLDING BRASIL da obrigação de pagamento das ações dos minoritárias da AMBEV. Sendo tais ações adquiridas por valor justo e equitativo, estará, pois, plenamente atendido o artigo 254-A da Lei de S/A.

Aliás, sendo a INBEV HOLDING BRASIL a controladora direta do investimento em AMBEV e, portanto, detentora em seu patrimônio das ações de emissão de referida sociedade operacional, não há nada mais razoável que esta mesma sociedade (INBEV HOLDING BRASIL) seja a efetiva adquirente das ações de seus minoritários.

Original

Com isso, concentra-se no patrimônio de apenas uma única sociedade - sediada, a propósito, no Brasil- a participação detida naquela sociedade operacional. " (grifos nossos e do original).

E tanto é este o entendimento da própria Comissão de Valores Mobiliários quanto à correta interpretação da lei societária que está ele claramente retratado no edital da OPA por ela aprovado constante às fls. 2212/2233 dos autos, que na cláusula 1.4.1 prevê expressamente que a aquisição em ações da Inbev S/A poderia se dar ou bem mediante emissão de novas ações por aquela companhia (como de fato ocorreu) ou então mediante pagamento por sua controlada IIBV mediante entrega de ações já emitidas e por ela detidas, e na cláusula 1.4.2 já estabelecia que a aquisição em dinheiro se daria mediante pagamento "pela subsidiária brasileira da Inbev, Inbev Holding Brasil S.A.".

Vale ressaltar que, ao tratar na cláusula 1.4.1 da opção de pagamento em ações, constou expressamente do edital (fls. 2212/2233) que seria condição para a possibilidade de escolha desta opção que "a Inbev ou a IIBV, conforme o caso, obtenha a autorização do Banco Central do Brasil ("BACEN") para registrar, como investimento estrangeiro", o que evidencia o claro reconhecimento de que se o pagamento em ações da Inbev S/A fosse feito por sua controlada IIBV (com ações já em circulação e por ela detidas), tal pagamento não se daria "em nome" da Inbev S/A mas sim em nome próprio, sendo ela quem deveria registrar o respectivo investimento junto ao BACEN.

Da mesma forma, ao tratar na cláusula 1.4.2 da opção de pagamento em dinheiro o que afirmou o edital foi justamente que "O pagamento da Opção de Pagamento em Dinheiro será efetuado pela subsidiária brasileira da Inbev, Inbev Holding Brasil S.A. ("Inbev Brasil")", não tendo jamais constado que este pagamento se daria "em nome da" Inbev S/A, tanto que inexiste nesta cláusula a condição de aprovação do registro junto ao BACEN (que seria necessário se a adquirente fosse a ofertante belga mas é desnecessário sendo a adquirente a Inbev Holding Brasil S.A., uma empresa brasileira).

Assim, sob a perspectiva societária, não há dúvida alguma de que quem adquiriu as ações dos minoritários da Ambev que optaram pela venda em espécie foi a Inbev Holding Brasil e não qualquer outra empresa, sendo ela "a única apta a exercer perante a sociedade objeto da oferta quaisquer direitos políticos e/ou patrimoniais decorrentes da participação societária adquirida, tais como direito de voto em assembleia geral, direito ao recebimento de dividendos quando deliberara sua distribuição, bem como, eventualmente, direitos de preferência em relação aos demais sócios, quando for o caso", conforme resposta de Modesto Carvalhosa ao 4º quesito da Recorrente, o que igualmente afasta por completo a assertiva da r. decisão recorrida

Original

e o voto do relator de que a aquisição teria sido feita pela Recorrente por conta e ordem de terceiro.

Do ponto de vista contábil, sendo o ágio apenas parte do custo de aquisição de uma participação acionária, é evidente que não há como se falar que a Recorrente teria registrado e amortizado um ágio de terceiros, no caso a empresa belga Inbev S.A., se como visto não foi aquela empresa nem a IIBV quem adquiriu as ações da Ambev na OPA e sim a Inbev Holding Brasil, incorporada pela Ambev.

Apenas para que não pairem dúvidas a este respeito, o registro de investimento estrangeiro no Brasil junto ao Banco Central (fls. 2235/2248) evidencia claramente que as únicas ações da Ambev adquiridas pela Inbev S.A. foram aquelas 1.347.154.632 ações adquiridas na OPA dos minoritários que preferiram receber em troca ações da própria Inbev S/A no valor de EUR 502.938 em lugar de dinheiro (doc. 10, fls. 2244 e 2245 dos autos e item 70 (a) do TVF), que não se confundem com as 1.612.915.545 ações adquiridas em dinheiro pela Inbev Holding Brasil S.A. pelo valor de R$ 1.975.932.226,20 e em nome próprio, conforme notas de corretagem de fls. 2032/2041, as quais deram origem ao ágio questionado (item 70 (b) do TVF).

E neste exato sentido são absolutamente taxativos em seu parecer os ilustres professores de contabilidade da USP Bruno M. Salotti, Guillermo Braunbeck e L.Nelson Carvalho, verbis:

"Adicionalmente, é importantíssimo observar que os registros contábeis da Inbev Holding Brasil, ao refletirem a realização da liquidação financeira junto aos acionistas minoritários como determinado no Edital, refletem uma operação de aquisição de ações, na qual a Inbev Holding Brasil ela mesma as adquiriu e pelas quais pagou com recursos financeiros próprios disponíveis em seu caixa.

Em outras palavras, a Inbev Holding Brasil não atuou por conta e ordem de m terceiro. Tivesse a Inbev Holding Brasil tão simplesmente atuado como um agente em nome de outra entidade, não teria registrado um investimento na Ambev, e sim um valor a receber de quem estivesse representando, valor esse decorrente do desembolso ocorrido na liquidação da OPA e que, nessa hipótese de atuação como agente intermediador, deveria ser restituído ao seu caixa pela quitação de um recebível – que não foi o caso.

(...)

No caso específico, conforme já salientamos, de que não restam dúvidas quanto à necessidade de aplicação do MEP pela Inbev Holding Brasil, é natural, óbvio e, mais importante, requerido, que o seu investimento da Ambev seja segregado em (i) valor equivalente ao PL da Ambev e (ii) o respectivo ágio, surgido da diferença positiva

Original

entre o valor pago pelas ações adquiridas dos minoritários e o valor patrimonial dessas mesmas ações. Afinal, é a Inbev Holding Brasil a adquirente de tais ações; portanto, compete a ela o registro inicial deste ágio gerado em razão da realização da OPA. A IIBV, no caso, é meramente uma investidora da Inbev Holding Brasil, e não a entidade que está adquirindo as ações, portanto, não compete a ela (nem tem ela sequer o direito e menos ainda a obrigação) o registro deste ágio, mesmo que ela estivesse sediada no Brasil. Ou seja, a operação de aquisição de ações e consequente registro do ágio é completamente neutra em relação ao aporte de capital da IIBV.

Já a Inbev, embora tenha sido a ofertante da OPA, e, portanto, quem ofereceu aos acionistas minoritários da Ambev a possibilidade de venda de suas ações à sua controlada indireta Inbev Holding Brasil, justamente por este motivo não foi a empresa que adquiriu as ações dos minoritários que optaram por receber seu pagamento em espécie. Esta aquisição foi realizada por sua subsidiária brasileira, com sacrifício de capital próprio, sendo ela quem passou a ser titular de todos os direitos de acionista da Ambev e, portanto, à rentabilidade futura que justificou o ágio pago naquela aquisição. Assim, jamais poderia a Inbev belga escriturar qualquer ágio em razão da OPA realizada.

(…)

Desse modo, tendo a Inbev Holding Brasil registrado o ágio decorrente da OPA, naturalmente caberia somente a ela, obrigada por expressa determinação legal a registrar o ágio, realizar a sua respectiva amortização, conforme previa a legislação societária e fiscal à época. ” (grifos nossos).

Assim, desde o início da operação foi ela concebida de modo a que o controle acionário da Ambev pela belga Inbev S.A. se desse por meio das empresas holding Ambrew (recebida dos antigos controladores da Ambev em troca de ações da própria Inbev S.A., e que tinha como único ativo o investimento na Inbev Holding Brasil) e IIBV, que se tornou acionista da Ambev quando lhe transferiu por incorporação o controle da Labatt.

Não infirma tal assertiva o fato de ter constado da OPA, além da possibilidade de receber dinheiro em troca de suas ações na Ambev, o direito dos acionistas de receber em troca ações da ofertante, a belga Inbev S.A. De fato, embora não fosse obrigatória tal opção foi concedida aos minoritários apenas para evitar qualquer possibilidade de questionamento no sentido de que não teriam podido auferir as mesmas vantagens concedidas aos antigos controladores.

Tanto isto é verdade que para aquela aquisição a Inbev S.A. emitiu novas ações (item 70 do TVF), e as ações da Ambev com elas adquiridas foram em seguida vendidas à IIBV, como reconhecem os ilustres fiscais autuantes no item 100 do Termo de Verificação Fiscal.

Original

Com isto resta explicada a razão pela qual as ações adquiridas na OPA pela Inbev Holding Brasil não foram adquiridas diretamente pela belga Inbev S.A., que jamais desejou fazê-lo e diversamente do afirmado não se tornou acionista da Recorrente com a posterior incorporação da Inbev Holding Brasil, sendo certo que o dinheiro necessário para tanto foi recebido da IIBV e não daquela empresa.

Acrescente-se a isso que, tendo sido feito aporte de capital pela IIBV na Inbev Holding Brasil, quando da liquidação da OPA ela na realidade utilizou recursos próprios, porque tais recursos já haviam sido integrados ao seu patrimônio.

Resta igualmente explicada a alegada falta de lógica suscitada pelos ilustres fiscais autuantes nos itens 84 a 86 do TVF quanto à razão da diferente estruturação do pagamento em dinheiro feito aos minoritários que optaram por receber em espécie, em comparação com as ações da Recorrente cedidas pelos minoritários em troca das ações da Inbev S.A. Ora, é evidente que a Inbev Holding Brasil não tinha como emitir ações daquela empresa, o que só poderia ser feito por ela própria.

Aliás, diversamente do que afirmam os ilustres fiscais autuantes no item 87 do Termo de Verificação Fiscal, as ações da Ambev adquiridas em troca de ações da Inbev S.A. posteriormente foram sim igualmente concentradas na Inbev Holding Brasil, como sempre se desejou desde o início da operação, no momento posterior em que a IIBV contribuiu ao capital da Inbev Holding Brasil a totalidade de suas ações na Recorrente, dentre elas aquelas adquiridas pela Inbev S.A. em razão da OPA e que lhe foram alienadas, como reconhecido pela fiscalização nos itens 94 e 100 do TVF.

Não é razoável exigir-se de qualquer empresa que, estando ela obrigada a assegurar aos acionistas minoritários da Ambev o direito de vender suas ações por valor superior ao seu valor patrimonial, e podendo adquirir tais ações seja a partir do exterior seja por meio de sua controlada brasileira, fique ela obrigada a realizar tal operação da única forma pela qual não poderá usufruir do benefício de amortização do ágio que é assegurado por lei a qualquer empresa brasileira que realize esta mesma operação !

Não custa lembrar que o exame quanto à "inexistência de propósito negocial" advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade tributária, descrito acima, além de outros princípios como a liberdade de iniciativa e iniciativa privada, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

(...)

Original

> Relativamente ao requisito da "confusão patrimonial" entre investidora e investida após a ocorrência de alguma das operações previstas no art. 386 do RIR/99, coaduno-me com a definição de Ricardo Mariz, para quem o verdadeiro sentido da norma inserta nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é permitir que a amortização fiscal do ágio ou deságio faça frente à rentabilidade futura que o fundamentou.
>
> Nesse sentido, as afirmações da autoridade fiscal de que para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, a legislação tributária se fundamenta na efetiva extinção do investimento através dos institutos da incorporação, fusão e cisão entre empresas controladora, a que arcou efetivamente com o desembolso do investimento, e controlada, a que foi realmente adquirida de terceiros vendedores não se sustentam.
>
> A exigência de que a "confusão patrimonial" se dê entre a empresa que arcou efetivamente com o desembolso do investimento e aquela que foi "realmente adquirida" constitui-se requisito distinto daqueles autorizadores da amortização do ágio, não podendo, portanto, ser utilizado pela Administração como fundamento para glosa das despesas com amortização de ágio.
>
> Diante desses pressupostos, restam atendidos os requisitos para a dedutibilidade do ágio relativo a aquisição das ações por meio da OPA, a glosa efetuada pela fiscalização deve ser cancelada.
>
> Diante do expoto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte quanto a este ponto.

Válida também a transcrição da declaração de voto do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado:

> Em que pese o bem fundamentado voto, do i. conselheiro relator, entendo que, desta feita, se está diante de uma operação de aquisição de participação societária em que foi gerado um ágio que atende aos requisitos de amortização como despesas, nos termos da legislação fiscal.
>
> A acusação fiscal, no presente caso, centrou-se na utilização, por parte de uma empresas estrangeira (InBev SA/NV) de uma empresa veículo (InBev Holding Brasil) para a aquisição da participação societária, por meio de um oferta pública obrigatória de ações (OPA), determinada pela CVM, junto aos acionistas minoritários da empresa brasileira (AMBEV), com o único propósito de economia tributária e que a falta de outros propósitos negociais na utilização dessa empresa, vicia a operação do ponto de vista tributário, e impede o reconhecimento e a dedução do ágio pago.
>
> A fiscalização aponta que a real adquirente da participação societária na empresa AMBEV, não seria a empresa InBev Holding Brasil (empresa veículo), mas sim a empresa belga InBev SA/NV, que foi

Original

a responsável pela capitalização da sua controlada no Brasil. Segundo a fiscalização a empresa brasileira somente foi utilizada para liquidar a operação de compra das ações juntos aos minoritários, por conta e ordem da empresa belga.

Ressalta, também, a fiscalização, o curto espaço de duração da empresa veículo e a incorporação reversa ocorrida como elementos demonstrativos da falta de substância econômica daquela empresa na operação e a conotação eminentemente tributária da operação.

A recorrente, por sua vez, defende a dedutibilidade do ágio, na medida em que a aquisição das ações da Recorrente foi feita pela Inbev Holding Brasil, com recursos próprios e em dinheiro pago a terceiros não relacionados (acionistas minoritários), tendo o ágio se fundamentado em laudo que aponta a expectativa de rentabilidade futura da participação adquirida.

(...)

Embora tenha votado pela manutenção da glosa do ágio relacionado à segunda operação (a contribuição pela IIBV na INBEV Holding), entendo que, diante das normas postas para sua amortização, a operação realizada pelo contribuinte atende aos pressupostos para sua utilização no caso do ágio surgido com a compra de ações por meio da OPA.

É certo que a obrigação de realizar a oferta pública para os acionistas minoritárias era da empresa belga InBev, mas inexistia vedação para a aquisição por meio de outra empresa controlada e a recorrente apontou outras razões econômico-financeiras e empresariais para que a compra fosse efetuada por meio de uma holding brasileira (Inbev Holding Brasil).

Embora o edital da OPA tenha sido lançado em nome da empresa belga InBev, é inegável que, juridicamente, as ações dos minoritários foram adquiridas pela empresa brasileira (InBev Holding Brasil), que fora capitalizada pela outra empresa do grupo, a holandesa IIBV.

Com relação ao outro fundamento da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em

Original

verdade).

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo i. relator, o meu entendimento é o de que a utilização da empresa chamada "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

No caso, a própria CVM, que é o órgão encarregado de fiscalizar as sociedades anônimas autorizou a realização da OPA por meio de uma holding brasileira.

Ora, ao par dos motivos apresentados pela recorrente quanto a utilização da empresa holding, ainda que esta tenha tido efêmera existência, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

Original

> No presente caso, a possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.
>
> (...)
>
> Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo espaço para interpretá-los de forma diversa.
>
> Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio, situação, aliás, que se verifica com relação ao segundo ágio, em relação ao qual votei pela manutenção da glosa.
>
> Embora considere que a previsão legal que autoriza a amortização antecipada do investimento como despesa, conflite com princípios de justiça fiscal e da isonomia em face dos demais contribuintes, e, ainda, que não se justifica tal incentivo tanto do ponto de vista da política fiscal quanto do ponto de vista econômico, entendo que enquanto vigente a lei, nos casos que nela se enquadrem, tal dedução deve ser respeitada pelo Fisco.
>
> Diante desses pressupostos, estando, ao meu ver, atendidos os requisitos para a dedutibilidade do ágio relativo a aquisição das ações por meio da OPA, a glosa efetuada pela fiscalização deve ser cancelada.
>
> Ante ao exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário quanto a este ponto da autuação.

Da exposição do voto vencedor, bem como da declaração de voto, verifica-se estarem preenchidos os requisitos para dedutibilidade do ágio. Tal entendimento, inclusive foi referendado por esta turma ao julgar o processo n. 11516.721342/2016-49, em 14 de setembro de 2022, em acórdão assim ementado:

> ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2014 RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CARACTERIZADA.
>
> Deve ser conhecido o recurso especial se os paradigmas, apesar de analisarem casos não idênticos de dedução de depesas com ágio, permitiram a sua transferência e consequente dedução fiscal por intermédio de empresa veículo, ao passo que o acórdão recorrido, adotando a dita tese do real adquirente, restringiu esse direito a holding

Original

pelo fato da sua empresa controladora, localizada no exterior, ter sido a verdadeira titular dos recursos empregados na aquisição do investimento. Também deve ser conhecida a matéria (extemporaneidade do laudo) quando regularmente demonstrada a divergência jurisprudencial na forma exposta no exame de admissibilidade.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2014 ÁGIO. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO FISCAL. AQUISIÇÃO DE PARTE DO INVESTIMENTO POR MEIO DE HOLDING QUE LIQUIDOU FINANCEIRAMENTE A OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO (OPA) E POSTERIORMEMNTE FOI INCORPORADA PELA INVESTIDA.

Ainda que a empresa holding, constituída no Brasil, não tenha originariamente assinado como proponente da OPA (Oferta Pública de Aquisição), restou demonstrado que ela de fato assumiu o papel de ofertante, em conjunto com a sua controladora, tendo inclusive disponibilizado os recursos aos vendedores, que não se opuseram ao negócio tal como foi declarado, o que definitivamerte a legitima como adquirente do investimento. Considerando, então, a legitimidade da aquisição da participação societária nesses termos, e a posterior incorporação da holding pela empresa investida, o direito à dedução fiscal do ágio pela sucessora deve ser garantido.

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RENTABILIDADE FUTURA DA INVESTIDA. COMPROVAÇÃO.

Tendo em vista que a legislação tributária vigente à época dos fatos geradores objeto dos Autos de Infração não regulamentava a forma de apresentação e nem o conteúdo do demonstrativo do fundamento econômico do ágio resultante de aquisição de participação societária, o contribuinte pode se valer de todos os meios de prova hábeis, dentre eles a apresentação de dois laudos contábeis: um elaborado em momento contemporâneo à aquisição direta de parte do investimento pela controladora no exterior e outro contemporâneo à operação de incoproação dessas ações com empresa holding constituída no Brasil, ainda que este último documento aponte um alegado preço superior ao que foi praticado nessa segunda operação, que tomou como parâmetro o custo de aquisição pago pela empresa estrangeira.

ÁGIO. ORIGEM DOS RECURSOS. IMPROCEDÊNCIA DA GLOSA COM BASE NA TESE DA "CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE REAL ADQUIRENTE E INVESTIDA".

O aporte dos recursos necessários à aquisição da participação societária ou a transferência do próprio investimento do ágio, seja ele por meio de aumento de capital ou incorporação de ações com holding pertencente ao mesmo grupo econômico, não impedem a amortização fiscal do ágio após a empresa veículo ser incorporada pela investida. Também a ausência de

Original

> "confusão patrimonial entre a real adquirente e a empresa investida", salvo nas hipóteses em que há motivação e comprovação de simulação - o que não é o caso -, não constitui requisito legal para a dedução fiscal do ágio, sob pena do intérprete se colocar indevidamente na posição de Legislador.
>
> ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) Ano-calendário: 2014 CSLL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LANÇAMENTO REFLEXO.
>
> Por se tratar, no caso, de exigência reflexa, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do IRPJ deve ser aplicada ao lançamento decorrente, relativo à CSLL.
>
> Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.
>
> Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, conhecer do Recurso da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano e Alexandre Evaristo Pinto, que votaram pelo não conhecimento; e (ii) por maioria de votos, conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, exceto em relação à matéria "adição da amortização de ágio à base de cálculo da CSLL", vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora), Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que votaram pelo conhecimento em menor extensão, apenas em relação à matéria "multas isoladas". No mérito, acordam em: (i) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora) e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que votaram por dar-lhe provimento; e (ii) por maioria de votos, dar provimento ao recurso do Contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora), Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que votaram por negar-lhe provimento. Prejudicado o exame de mérito da matéria "multas isoladas". Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli

Peço vênia para transcrever excerto do voto do Conselheiro Luís Toselli:

> E ainda que o controlador possa figurar na condição de proponente da OPA, fato é que não existe qualquer vinculação obrigatória à realização da oferta por aquela entidade jurídica que, diretamente ou indiretamente, detenha o efetivo controle da empresa objeto da OPA.
>
> A própria ICVM 361, aliás, quando define as partes que compõem a OPA, tratou de esclarecer que a entidade jurídica controlada pelo acionista controlador na realidade não representa apenas os seus próprios interesses, mas também os interesses do ofertante ou intermediário (artigo 3º), conforme o caso.
>
> Também ao definir os princípios gerais da OPA, prevê o artigo 4º daquele normativo que ela poderá sujeitar-se a condições, cujo implemento não

Original

> depende de atuação direta ou indireta do ofertante ou de pessoas a ele vinculadas.
>
> Ora, é perfeitamente normal o controlador se dirigir ao mercado, e até mesmo aos minoritários, em caráter institucional, sem que tal aspecto altere a estrutura jurídica de controle da companhia, bem como forma de realização das transações jurídicas, notadamente na hipótese – como a persente – de inexistência de acusação fiscal de simulação apta à requalificação jurídica dos fatos.
>
> Isso significa dizer que, ainda que VTB não tenha originariamente assinado como proponente, restou demonstrado que ela assumiu o papel de ofertante da OPA, tendo inclusive disponibilizado os recursos aos vendedores, que não se opuseram ao negócio tal como foi declarado, o que definitivamerte a legitima como adquirente do negócio tal como formalizado.
>
> Em outras palavras, o fato de o negócio ter sido entabulado pelo controlador (Vivendi França) e efetivado por meio de um empresa controlada, que recebeu o aporte de capital para adquirir diratemante o restante das ações de GVT, ao meu ver não contamina a operação, muito menos desnatura o registro do ágio e sua dedução após a sua incorporação.
>
> Trata-se, a todo rigor, de adoção de uma estrutura societária compatível com o efetivo negócio realizado, ainda que evidentemente estruturada com vistas a obtenção do direito de amortização fiscal desse ágio, conforme autoriza a lei.
>
> Feitas essas considerações, nota-se que, na verdade, estamos no campo daquelas situações em que o contribuinte se valeu licitamente do direito de se organizar livremente, optando por se valer de um negócio jurídico eficaz e que lhe propiciou o menor custo sem desrespeito aos preceitos legais que regulamentam a matéria.
>
> Nenhum reparo, contudo, cabe ao acórdão recorrido, de modo que o provimento do recurso especial fazendário deve ser negado.

Assim, por ter acompanhado o conselheiro Luís Toselli na oportunidade, e por entender não haver reparos na decisão recorrida, de rigor sua manutenção.

Assim, conheço do Recurso Especial da PGFN para negar-lhe provimento.

Recurso Especial da Contribuinte - Mérito

Qualificação de Multa

Original

No que tange à questão da multa qualificada, cumpre registrar que a qualificação da multa apenas foi mantida em relação ao segundo ágio, conforme se extrai do acórdão recorrido:

> O ágio decorrente da OPA possui características que o colocam na área de dúvida, uma vez que houve o pagamento, em dinheiro, pagamento este inclusive compulsório, e o valor pré-estabelecido, o que é suficiente à incidência do artigo 112 do CTN.
>
> Assim, torna-se aceitável que a Recorrente tenha tido apenas uma interpretação diferente da norma jurídica, deduzindo que seria legítimo e aceitável que interpusesse, entre a real investidora, a ofertante registrada na CVM como tal, e o acionista minoritário, a Holding brasileira, sua subsidiária integral, que, assim registraria o ágio e, posteriormente, o aproveitaria com a incorporação reversa, como previsto na lei.
>
> Não vejo que com esta atitude a Empresa tenha atuado com ardil, visando à diminuição dos tributos de forma fraudulenta, ocultando ou mesmo iludindo com falsa verdade.
>
> Contudo, no que se refere à conferência de ações vejo uma atuação, totalmente diferente. Primeiro que é uma operação totalmente desnecessária e executada com o único intuito de provocar uma economia absurda de tributos, de forma ardilosa. Embora as operações sejam formalmente corretas, seu conjunto demonstra que em apenas 57 dias a situação retornou à origem: (i) as ações (até então na IIBV) são vertidas para a holding brasileira, que é incorporada pela investida; (ii) a AMBEV cancela as ações detidas pela incorporada e emite a mesma quantidade de ações em nome da IIBV.
>
> Resumindo, em 57 dias, o "passeio" das ações pela Imbev Brasil resultaram, apenas, na criação deste ágio significativo de mais de 7 bilhões de reais.
>
> Cabe aqui o questionamento: basta estarem as operações formalmente corretas para que seja afastada a multa qualificada? Entendo que não.
>
> Ainda que as operações se apresentem formalmente corretas, mas o resultado seja, apenas, a criação de condições para que o ágio criado seja amortizável fiscalmente, ou que isto seja "viabilizado" nas palavras da Recorrente, tenho claro que estamos diante de uma atitude de mascaramento da realidade, de subversão dos fatos realmente ocorridos, para impor prejuízo Fisco com a indevida redução dos tributos incidentes.
>
> A bandeira da realidade só pode ser desfraldada com uma minuciosa ação da fiscalização federal, haja vista a complexidade das operações.
>
> Independentemente da natureza das ações vistas como um todo: se fraude à lei, motivo de nulidade; ou se abuso de direito, motivo de ilicitude, fato é que a realidade só aparece a partir dessa acurada

Original

> auditoria: a operação que "viabilizou" o que não tinha que ser viabilizado, pois que nasceu indedutível, foi desprovida de qualquer propósito negocial e foi intencionalmente empreendida dentro do grupo econômico para impor à União um ônus de aproximadamente 2 bilhões de reais.
>
> Não tenho dúvidas quanto ao dolo, enquanto vontade de agir para a obtenção do resultado; não tenho dúvidas, também, de que quando agiu a Recorrente atuou para mascarar a realidade, possibilitando a alteração das características essenciais do fato gerador, por meio da dedução fiscal de um ágio cuja amortização não encontra respaldo legal, mesmo por se tratar de despesa desnecessária à obtenção de seu objetivo social.
>
> Dou provimento parcial ao Recurso de Ofício para restabelecer a multa qualificada quanto ao ágio relativo à contribuição de ações pela IIBV na Imbev Holding Brasil.

Como não se trata de matéria admitida, não temos competência para analisar a validade da operação que ensejou o segundo ágio. Contudo, conforme tenho me manifestado em casos semelhantes, a glosa do ágio não é suficiente para autorizar a qualificação da multa. Esta requer um dolo específico, bem como sua demonstração.

Em seu recurso, a Recorrente demonstrou a validade societária e contábil da operação, embora desnecessárias, demonstrou ainda razões extratributárias para a operação, conforme pareceres juntados aos autos.

Exatamente nesse sentido é a conclusão de Modesto Carvalhosa:

> "No que diz respeito à segunda operação, a Receita afirma que o aumento de capital da INBEV HOLDING BRASIL por IIBV, integralizado com ações de emissão da AMBEV, de titularidade desta holding holandesa, constituiria um suposto "passeio", também voltado exclusivamente à apuração de ágio a ser posteriormente amortizado quando da incorporação reversa da INBEV HOLDING BRASIL pela AMBEV.
>
> A Receita chega a tal conclusão uma vez que, após a consumação de referida incorporação reversa, a holding holandesa (i.e., IIBV) voltaria a figurar como acionista direta de AMBEV, não havendo, por consequência, nesse segundo aumento de capital qualquer outra finalidade a não ser a de uma mera economia tributária.
>
> Contudo, assim como ocorre em relação à primeira operação, também nesta hipótese não procedem as conclusões obtidas pela Receita Federal.
>
> Ora, ao trocar (i) ações de uma sociedade operacional, avaliadas por seu valor de mercado - que, em hipóteses como a presente, tende a ser superior ao seu valor patrimonial -, por (ii) ações de uma holding intermediária, cujo preço de emissão, este sim, seja fixado com base em seu respectivo valor patrimonial – o qual, conforme já mencionado, reflete, proporcionalmente, o valor patrimonial daquela mesma operacional -, o

Original

acionista subscritor obterá uma significativa diluição do acionista remanescente que jamais se verificaria na hipótese aventada pela Receita Federal.

Além da diluição apurada em razão do aumento de capital (i.e., com ações de uma sociedade operacional, avaliadas por seu valor de mercado): subscrito por apenas um dos acionistas (i.e., IIBV), sem a correspondente participação do preexistente (i.e., AMBREW), a sociedade holding (Le., INBEV HOLDING BRASIL), ao fixar o preço de emissão de suas ações com base em seu valor patrimonial, o qual, como visto, é inferior a seu valor de mercado, também promoverá a transferência, às ações emitidas, de parte do valor de mercado das antigas ações, de modo que, ao final, cada ação desta holding terá valor inferior ao registrado antes de tal aumento de capital." (fls. 13054/1385).

E no mesmo sentido concluíram também Bruno M. Salotti, Guillermo Braunbeck e L.Nelson Carvalho:

"Entretanto, posicionar a Ambev embaixo da IIBV não era suficiente (o terceiro objetivo, item c, dentre os objetivos listados anteriormente). Isso tinha que ocorrer paralelamente a uma diluição da antiga entidade controladora da Ambev. Observe-se que o passo que ora se discute produz exatamente esse efeito: o controle da Ambev é mantido (havia sido obtido nas etapas anteriores), mas a participação da Ambrew, antiga controladora indireta, é diluída substancialmente.

Isto porque, quando ocorre um aumento de capital numa investida, se um dos investidores contribui para o aumento e outro não, o que aportou recursos passará a ter proporcionalmente maior participação no patrimônio líquido da investida e, inversamente, o acionista que não aportou recursos, ainda que em termos absolutos possua o mesmo volume de recursos investidos que tinha anteriormente, passará a ter uma participação menor no capital total, que se viu incrementado pelo aporte do outro acionista. Por essa razão se costuma dizer que pela ótica do acionista que teve sua participação relativa diminuída, houve uma 'diluição'.

Foi o que ocorreu no aumento de capital na Inbev Holding Brasil, subscrito integralmente pela IIBV mediante conferência de todas as ações da Ambev por ela detidas por seu custo de aquisição. A Ambrew, também acionista da Inbev Holding Brasil, não acompanhou o aumento de capital, redundando numa diluição (redução) da participação da Ambrew na Inbev Holding Brasil e, consequentemente, num aumento da participação da IIBV na Inbev Holding Brasil.

Importante destacar que a concentração da participação na Inbev Holding Brasil pela IIBV (i.e., diluição da participação da Ambrew e aumento da participação da IIBV) é adequada e compatível não somente com a estrutura de gestão dos investimentos transcontinentais (fora da União Européia), como já mencionado, mas também pela ótica de gestão

Original

> financeira, posto que o aumento da participação proporcional da IIBV na Inbev Holding Brasil direciona um fluxo de dividendos maior para a IIBV (em detrimento da Ambrew), dando à IIBV 'fôlego' financeiro maior para a realização dos investimentos requeridos na persecução de sua missão de holding dos investimentos transcontinentais fora da UE.
>
> (…)
>
> Portanto, respondendo objetivamente o quesito em tela, existe sim um fundamento econômico não relacionado com a economia tributária no Brasil, relacionado à gestão econômico-financeira do 'braço' de investimentos transcontinentais fora da União Europeia do Grupo Interbrew, que justifica e faz razoável a reorganização que, por um lado, diluiu a participação relativa da Ambrew na Inbev Holding Brasil (e, por consequência, na Ambev) e, por outro lado, aumentou a participação da IIBV nesses empresas.
>
> (…)
>
> No caso específico da Inbev Holding Brasil, como já dito, esta recebeu ações da Ambev, pelo valor de R$13,585 bilhões, que representava o valor que a IIBV, que detinha as ações antes de serem transferidas à Inbev Holding Brasil, investiu na sua aquisição originalmente. A IIBV, para obter as ações da Ambev que veio a aportar na Inbev Holding Brasil, abriu mão do seu investimento na Labatt (vide Quesito 6), que foi avaliado pelo seu valor econômico na época dessa etapa da transação. Portanto, o custo original das ações da Ambev é o valor econômico do ativo entregue (Labatt) quando adquiridas e esse custo foi utilizado na operação em tela como base de valor para a integralização do capital da Inbev Holding Brasil e para o reconhecimento do ativo.
>
> A Inbev Holding Brasil, no momento imediatamente posterior à integralização, ao comparar o valor de seu investimento adicional na Ambev com o valor proporcional do patrimônio da Ambev, identifica nos termos da legislação societária e fiscal uma diferença de R$7,159 bilhões de valor a maior no investimento adquirido em relação ao patrimônio da Ambev proporcional ao seu novo percentual de participação. Procedeu, portanto, à segregação desse valor, classificando-o em subconta de ágio, que é parte integrante do valor total de investimentos na Ambev. Procedimento totalmente adequado, obrigatório e aderente à legislação e práticas contábeis vigentes à época." (fls. 13087/13117).

A meu ver, portanto, não restou caracterizado no caso concreto a demonstração de fraude, prescrita no art. 72 da Lei nº 4.502/64, até porque a operação foi totalmente exporta ao fisco e aos órgãos regulatórios. Tanto o é que a própria DRJ já havia se manifestado pela desqualificação da multa.

Por fim, apenas registro que no ordenamento jurídico brasileiro não há previsão da figura do propósito negocial, não sendo elemento apto a ensejar a qualificação de multa.

Original

Assim, entendo deva ser dado provimento ao Recurso Especial para que a multa seja reduzida ao patamar de 75%.

Concomitância de Multas

No que tange à possibilidade de concomitância da cobrança de penalidade pela falta de recolhimento da obrigação principal devida ao término do exercício fiscal em decorrência da apuração do Lucro Real Anual e pela falta de recolhimento da estimativa mensal, é importante destacar que no caso concreto as duas infrações são decorrentes de um único ato.

Nesse caso, entendo que se está diante de apenas um ilícito, ao invés de duas infrações cumuláveis e autônomas. Como decorrência de tal interpretação, a infração mais gravosa deve absorver a menos gravosa.

Vale notar que ainda que a Súmula CARF n. 105 somente se aplique a fatos geradores anteriores a 2007, pode-se depreender da inteligência da referida súmula que a multa de ofício deve absorver a multa isolada, conforme se observa da leitura da referida súmula:

> *Súmula CARF nº 105*
>
> *Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014*
>
> *A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.*

Os precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF 105 indicam que, embora se trate de penalidades por descumprimento de deveres distintos (descumprimento do dever de antecipar estimativas versus descumprimento do dever de pagar o ajuste anual), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-calendário), a pena pela infração-meio deve ser absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

Cabe ressaltar que alguns julgadores desta 1ª Turma da CSRF já havia concluído que, mesmo após a alteração legislativa trazida pela Lei 11.488/2007, ainda não poderia haver a cobrança concomitante das multas isolada e de ofício. Nessa linha, trago aqui trecho do voto do ilustre Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli no acórdão 9101-005.824, que reproduzo abaixo e adoto como razões de decidir:

> *A discussão sobre a legitimidade ou não da cobrança cumulativa de multa isolada e multa de ofício não é recente, mas é tema que ainda possui celeuma.*
>
> *Com a aprovação da Súmula CARF nº 105, restou sedimentado que: "a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício."*

Original

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

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

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

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

> *Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*
>
> *I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*
>
> *II - de 50% (cinqüenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:*
>
> *a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;*
>
> *b) na forma do art. 2o desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.*
>
> *§ 1o - O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964,*

Original

> *independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."*

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Ministro Humberto Martins1, da 2ª Turma desse E. Tribunal (Resp 1.496.354-PR. Dje 24/03/2015):

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

Original

> *Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais , ainda que configurem obrigações a pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.*
>
> *As hipóteses do inciso II, "a" e "b", em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos casos ali decritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.*
>
> *As chamadas "multas isoladas", portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.*
>
> *Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende repreender com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta."*

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

> *TRIBUTÁRIO. [...]. CUMULAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E ISOLADA. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *[...]*
>
> *2. Nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, seria cabível a multa de ofício ou no percentual de 75% (inciso I), ou aumentada de metade (parágrafo 2º), não se cogitando da sua cumulação." (Resp 1.567.289-RS. Dje 27/05/2016).*

E mais recentemente, em Sessão de 1º de setembro de 2020, esta C. Turma, por determinação do art. 19-E da Lei n º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em julgamento do qual o presente Relator participou, afastou a concomitância das multas de ofício e isolada para fatos geradores posteriores a 2007.

Cumpre citar ainda que o Código Tributário Nacional, de observância obrigatória no âmbito administrativo municipal, expressamente impõe, no que atine à aplicação das

Original

penalidades, dentre as quais a multa, que a legislação se interpreta da maneira mais favorável ao acusado, incorporando ao campo do Direito Tributário Penal o princípio constitucional do in dubio pro reo, conforme pode ser observado abaixo:

> *Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:*
>
> *I - à capitulação legal do fato;*
>
> *II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;*
>
> *III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;*
>
> *IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.*

Dessa forma, entendo pela aplicação da consunção da pena, de modo que deverá ser aplicada tão somente a multa mais gravosa.

Ante todo o exposto, CONHEÇO do Recurso especial para, no mérito, dar-lhe PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO - Relator

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Redatora designada.

O I. Relator restou vencido em seu entendimento favorável ao conhecimento da matéria "dedutibilidade do ágio para fins de CSLL". A maioria do Colegiado reiterou seu posicionamento contrário à caracterização de dissídio jurisprudencial em circunstâncias semelhantes à presente, nas quais a exigência de CSLL pode ser decidida, apenas, como reflexo do que decidido em relação ao IRPJ, sem se adentrar à questão subsidiária aventada na matéria em questão, caso a exigência de IRPJ seja mantida.

Isto porque a Contribuinte contesta o acórdão recorrido no ponto em que decidiu a exigência de CSLL de forma reflexa à exigência de IRPJ, sob esta ótica firmando que *a interpretação teleológica e sistemática do conjunto normativo impõe o tratamento simétrico à CSLL nos casos de amortização de ágio, considerando que a neutralidade da avaliação pelo MEP inclui o ágio e o deságio e que esta neutralidade é aplicada à CSLL, conforme está expresso no artigo 2º da Lei nº 7.689, de 1988, que serviu, dentre outras normas, de fundamento para a presente autuação.* Pretende, ao final, que a exigência de CSLL seja decidida de forma autônoma, mantendo-se a dedutibilidade das amortizações de ágio ainda que afirmada sua indedutibilidade no âmbito do IRPJ.

Original

Os paradigmas indicados, porém, não se prestam a reformar aquela decisão porque não afastaram a exigência de CSLL por considerar indevido seu lançamento como reflexo do IRPJ, dado terem analisado lançamentos de CSLL por exigência de adição de valores adicionados ao lucro real e, portanto, sem lançamento correlato de IRPJ. Note-se que os dois paradigmas, inclusive, interpretaram legislação distinta, qual seja, a repercussão, na base de cálculo da CSLL, do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, que determina a adição, ao lucro real, de amortizações de ágio de investimento mantido no patrimônio do sujeito passivo, mas redutoras do lucro contábil. O presente caso, ao revés, tem em conta amortizações de ágio vinculado a investimento baixado do patrimônio do sujeito passivo, consideradas indedutíveis na apuração do lucro real por inobservância dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e assim também afirmadas indedutíveis na apuração da base de cálculo da CSLL.

Distintamente dos paradigmas, nos quais se discute se a Lei nº 7.689/88 impõe, para fins de determinação da CSLL, **adição** prevista na apuração do lucro real, no presente caso o Colegiado *a quo* interpretou se uma amortização que **não observa os requisitos de dedutibilidade** dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 é dedutível na apuração da base de cálculo da CSLL. Em síntese, enquanto nos paradigmas afirma-se que **um valor computado no lucro líquido contábil não precisa ser adicionado** à base de cálculo da CSLL quando inexiste dispositivo legal expresso assim determinando, no presente caso afirma-se que a impossibilidade de se deduzir parcela do lucro real, **por inobservância dos requisitos da norma que assim permite**, também produz efeitos na base de cálculo da CSLL.

Assim, valem aqui as razões apresentadas por esta Conselheira no voto vencedor do Acórdão nº 9101-006.049[3] para rejeitar o paradigma nº 910-002.310, e que apresenta os mesmos contornos do segundo paradigma, 103-22.113, aqui apresentado:

> E o dissídio jurisprudencial em tela teve seguimento sob os seguintes fundamentos expressos no exame de admissibilidade:
>
> > (8) "inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considera indedutível pela fiscalização"
> >
> > Decisão recorrida:
> >
> > > REFLEXO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL.
> > >
> > > Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após interposição de empresa veículo que dissimula o real adquirente, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.
> >
> > Acórdão paradigma nº 9101-002.310, de 2016:
> >
> > > AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.
> > >
> > > Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não **determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.**
> >
> > [...]

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

Original

> 25. Por fim, com relação a essa oitava matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.
>
> 26. Enquanto a decisão recorrida entendeu que, para fins da CSLL, deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após interposição de empresa veículo que dissimula o real adquirente, surge sem substância econômica no patrimônio da investida, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, de modo diametralmente oposto, que inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial (primeiro acórdão paradigma) e que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (segundo acórdão paradigma).
>
> [...]
>
> De fato, o paradigma nº 9101-002.310 trata de lançamento exclusivamente de CSLL, decorrente da exigência de adição ao lucro líquido de amortizações de ágio que foram adicionadas ao lucro real, porque referentes a investimento mantido no patrimônio da investidora. Ou seja, frente à observância, no âmbito de IRPJ, de regra que busca neutralizar as amortizações de ágio, postergando seus efeitos para o momento da liquidação do investimento, exigiu-se do sujeito passivo que a mesma providência fosse adotada no âmbito da CSLL, e este Colegiado, em antiga composição, afirmou inexistir norma legal que assim determinasse. Nada, no referido julgado, permite concluir que a mesma solução seria dada na hipótese em que a amortização do ágio se mostre indedutível por ausência de confusão patrimonial entre investida e investidora, aspecto que, como referido no acórdão recorrido, afetaria o próprio reconhecimento contábil da amortização da investida.
>
> [...]
>
> Estas as razões, portanto, para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte em menor extensão, apenas em relação à matéria "utilização de empresa veículo".

Dessa forma, também aqui deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte no tema "dedutibilidade do ágio para fins de CSLL", como matéria autônoma. No mérito, o I. Relator restou vencido no ponto em que deu provimento ao recurso especial da Contribuinte acerca das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, exigidas concomitantemente com a multa proporcional aplicada sobre os tributos devidos no ajuste anual.

A maioria qualificada do Colegiado compreendeu que não há impedimento à aplicação das multas isoladas simultaneamente com a multa de ofício a partir de 2007, como claramente exposto no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.962, de lavra da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, cujas razões também se prestam a afastar a objeção à aplicação da penalidade depois do encerramento do exercício e a pretensão de aplicação do princípio da consunção:

> Dito isso, tem-se que a lei determina que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real, apurem seus resultados trimestralmente. Como alternativa, facultou, o legislador, a possibilidade de a pessoa jurídica, obrigada ao lucro real, apurar seus resultados anualmente, desde que antecipe pagamentos mensais, a título de estimativa, que devem ser calculados com base na receita bruta mensal, ou com base em balanço/balancete de suspensão e/ou redução. Observe-se:
>
> Lei nº 9.430, de 1996 (redação original):

Original

> *Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.*
>
> *§ 1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.*
>
> *§ 2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.*
>
> *§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.*
>
> *§ 4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:*
>
> *I dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; II dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração; III do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real; IV do imposto de renda pago na forma deste artigo.*[...]

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

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

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

Na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, esta penalidade foi prevista nos mesmos termos daquela aplicável ao tributo não recolhido no ajuste anual, ou seja,

Original

calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição, inclusive no mesmo percentual de 75%, e passível de agravamento ou qualificação se presentes as circunstâncias indicadas naquele dispositivo legal. Veja-se:

> *Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:*
>
> *I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*
>
> *II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)*
>
> *§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:*
>
> *I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;* [...]
>
> *III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;*
>
> *IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;*
>
> *V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido. (Revogado pela Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Revogado pela Lei nº 9.716, de 1998)*
>
> [...]

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

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

> *Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*
>
> *I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; II de 50% (cinqüenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:*
>
> *a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;*

Original

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

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

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...].

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

Original

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...];

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

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

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

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

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

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

Original

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

A falta de recolhimento do tributo em si, que se perfaz a partir da ocorrência do fato gerador ao final do ano-calendário, sujeita-se a outra penalidade e a juros de mora incorridos apenas a partir de 1º de fevereiro do ano subseqüente[4].

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

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

Explico.

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

> ***PORTARIA Nº 97, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2009***[5]
>
> [...]
>
> *ANEXO I*
>
> *I - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DO PLENO:*
>
> [...]
>
> *12. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº :*
>
> *Até a vigência da Medida Provisória nº 351/2007, a multa isolada decorrente da falta ou insuficiência de antecipações não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado no ajuste anual.*
>
> [...]
>
> ***PORTARIA Nº 27, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2012***[6]
>
> [...]
>
> *ANEXO ÚNICO*
>
> [...]
>
> *II - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DA 1ª TURMA DA CSRF:*
>
> [...]
>
> *17. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:*
>
> *Até 21 de janeiro de 2007, descabe o lançamento de multa isolada em razão do não recolhimento do imposto de renda devido em carnêleão aplicada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.*
>
> *Acórdãos precedentes: 104-22036, de 09/06/2006; 3401-00078, de 01/06/2009; 3401-00047, de 06/05/2009; 104-23338, de 26/06/2008; 9202-00.699, de 13/04/2010; 920-201.833, de 25/ 10/ 2011.*

[4] Neste sentido é o disposto no art. 6º, §1º c/c §2º da Lei nº 9.430, de 1996.
[5] Diário Oficial da União, Seção 1, p. 112, em 27 de novembro de 2009.
[6] Diário Oficial da União, Seção 1, p. 19, em 27 de novembro de 2012.

Original

[...]

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

[...]

22. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

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

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

[...]

PORTARIA Nº18, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2013[7]

[...]

ANEXO I

I - Enunciados a serem submetidos ao Pleno da CSRF:

[...]

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

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

[...]

PORTARIA Nº 23, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2014[8]

[...]

ANEXO I

[...]

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

[...]

13ª. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

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

[...]

É de se destacar que os enunciados assim propostos de 2009 a 2013 exsurgem da jurisprudência firme, contrária à aplicação concomitante das penalidades **antes** da

[7] Diário Oficial da União, Seção 1, p. 71, de 27 de novembro de 2013.
[8] Diário Oficial da União, Seção 1, p. 12, de 25 de novembro de 2014.

Original

alteração promovida no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007. **Jurisprudência esta, aliás, que motivou a alteração legislativa**.

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

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

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

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

Para afastar esta interpretação, o enunciado aprovado pela 1ª Turma da CSRF em 2014 foi redigido de forma direta, de modo a abarcar, apenas, a jurisprudência firme daquele Colegiado: a impossibilidade de cumulação, com a multa de ofício proporcional aplicada sobre os tributos devidos no ajuste anual, das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas exigidas com fundamento na legislação antes de sua alteração pela Medida Provisória nº 351, de 2007. Omitiu-se, intencionalmente, qualquer referência às situações verificadas depois da alteração legislativa em tela, em razão da qual a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas passou a estar prevista no art. 44, inciso II, alínea "b", e não mais no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, sempre com vistas a atribuir os efeitos sumulares[9] à parcela do litígio já pacificada.

---

[9] Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, e alterado pela Portaria MF nº 586, de 2010:
[...]
Anexo II
[...]
Art. 18. Aos presidentes de Câmara incumbe, ainda:
[...]
XXI - negar, de ofício ou por proposta do relator, seguimento ao recurso que contrarie enunciado de súmula ou de resolução do Pleno da CSRF, em vigor, quando não houver outra matéria objeto do recurso;
[...]
Art. 53. A sessão de julgamento será pública, salvo decisão justificada da turma para exame de matéria sigilosa, facultada a presença das partes ou de seus procuradores.
[...]
§ 4° Serão julgados em sessões não presenciais os recursos em processos de valor inferior a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ou, independentemente do valor, forem objeto de súmula ou resolução do CARF ou de decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.
[...]

Original

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

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

> **Acórdão nº 9101-001.261:**
>
> *Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ*
>
> *Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL*
>
> *Ano-calendário: 2001*
>
> *Ementa: APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFICIO 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 oficio pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.*
>
> **Acórdão nº 9101-001.203:**
>
> *Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ*
>
> *Exercício: 2000, 2001*
>
> *Ementa: MULTA ISOLADA. ANOS-CALENDÁRIO DE 1999 e 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA.*
>
> *CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFICIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de oficio exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor das glosas efetivadas pela Fiscalização.*
>
> **Acórdão nº 9101-001.238:**
>
> *Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF*
>
> *Exercício: 2001*
>
> *[...]*
>
> *MULTA ISOLADA. ANO-CALENDÁRIO DE 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE*

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.
[...]
§ 2° Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ou que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de primeira instância.
[...]

Original

OFICIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de oficio exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor da receita omitida apurado em procedimento fiscal.

Acórdão nº 9101-001.307:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 1998

[...]

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

Acórdão nº 1402-001.217:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2003

[...]

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

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

[...]

Acórdão nº 1102-000.748:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

Ementa:

[...]

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

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

[...]

Acórdão nº 1803-001.263:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2002

[...]

Original

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

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

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

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

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

> [...]
>
> *A sanção de natureza tributária decorre do descumprimento de obrigação tributária – qual seja, obrigação de pagar tributo. A sanção de natureza tributária pode sofrer agravamento ou qualificação, esta última em razão de o ilícito também possuir natureza penal, como nos casos de existência de dolo, fraude ou simulação. O mesmo auto de infração pode veicular, também, norma impositiva de multa em razão de descumprimento de uma obrigação acessória obrigação de fazer – pois, ainda que a obrigação acessória sempre se relacione a uma obrigação tributária principal, reveste-se de natureza administrativa.*
>
> *Sobre as obrigações acessórias e principais em matéria tributária, vale destacar o que dispõe o artigo 113 do Código Tributário Nacional:*
>
> "Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
>
> § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Original

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

Original

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

[...]

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

[...]

A natureza das antecipações, por sua vez, já foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, que manifestou entendimento no sentido de considerar que as antecipações se referem ao pagamento de tributo, conforme se depreende dos seguintes julgados:

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

ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.

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

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

3. Recurso especial improvido."

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

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

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

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

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

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

Original

> *relação jurídica prevista na norma primária dispositiva é o "pagamento" de antecipação.*
>
> *Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada quando o contribuinte não efetua a antecipação deste tributo.*
>
> *Tanto assim que, até a alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, o caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado "sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição".*

Frente a estas considerações, releva destacar que a penalidade em debate é exigida isoladamente, sem qualquer hipótese de agravamento ou qualificação e, embora seu cálculo tenha por referência a antecipação não realizada, sua exigência não se dá por falta de "pagamento de tributo", dado o fato gerador do tributo sequer ter ocorrido. De forma semelhante, outras penalidades reconhecidas como decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias são calculadas em razão do valor dos tributos devidos[10] e exigidas de forma isolada.

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

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

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

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

---

[10] Lei nº 10.426, de 2002: Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - Dacon, nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal SRF, e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)
I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;
II - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante dos tributos e contribuições informados na DCTF, na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica ou na Dirf, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega destas Declarações ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;
III - de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante da Cofins, ou, na sua falta, da contribuição para o PIS/Pasep, informado no Dacon, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3o deste artigo; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

Original

> *1. A Segunda Turma do STJ tem posição firmada pela impossibilidade de aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/1996 (AgRg no REsp 1.499.389/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp 1.496.354/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/3/2015).*
>
> *2. Agravo Regimental não provido.*

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

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

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

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

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

Oportuna, também, a citação da abordagem exposta em artigo publicado por Heraldo Garcia Vitta[11]:

> *O Direito Penal é especial, contém princípios, critérios, fundamentos e normas particulares, próprios desse ramo jurídico; por isso, a rigor, as regras dele não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato,*

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

Original

> *não se aplica norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico.[15* Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, p.212*] Na hipótese de concurso de crimes, o legislador escolheu critérios específicos, próprios desse ramo de Direito. Logo, não se justifica a analogia das normas do Direito Penal no tema concurso real de infrações administrativas.*
>
> *A 'forma de sancionar' é instituída pelo legislador, segundo critérios de conveniência/oportunidade, isto é, discricionariedade. Compete-lhe elaborar, ou não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, ocorre cúmulo material.*
>
> *Aliás, no Direito Administrativo brasileiro, o legislador tem procurado determinar o cúmulo material de infrações, conforme se observa, por exemplo, no artigo 266, da Lei nº 9.503, de 23.12.1997 (Código de Trânsito Brasileiro), segundo o qual "quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades". Igualmente o artigo 72, §1º, da Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente: "Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações [administrativas, pois o disposto está inserido no Capítulo VI –Da Infração Administrativa] ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas". E também o parágrafo único, do artigo 56, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990, que regula a proteção do consumidor: "As sanções [administrativas] previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo".[16* Evidentemente, se ocorrer, devido ao acúmulo de sanções, perante a hipótese concreta, pena exacerbada, mesmo quando observada imposição do mínimo legal, isto é, quando a autoridade administrativa tenha imposto cominação mínima, estabelecida na lei, ocorrerá invalidação do ato administrativo, devido ao princípio da proporcionalidade.*]*

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

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

[...]

> *Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse "mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996".*
>
> *Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.*
>
> *Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):*
>
> Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

Original

> I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
>
> II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:
>
> [...];
>
> *Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que "nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas", está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.*
>
> *Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse "a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas". Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em "identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias".*
>
> *Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre "no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido".*
>
> *O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto: o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela.* (grifos do original)

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

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

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

Original

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

> *Ainda que aplicável fosse o princípio da consunção para solucionar conflitos aparentes de norma tributárias, não há no caso em tela qualquer conflito que justificasse a sua aplicação.*
>
> *Conforme já asseverado, o conflito aparente de normas ocorre quando duas ou mais normas podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato, o que não ocorre* in casu*, já que temos duas situações fáticas diferentes: a primeira, o não recolhimento do tributo devido; a segunda, a não observância das normas do regime de recolhimento sobre bases estimadas. Ressalte-se que o simples fato de alguém, optante pelo lucro real anual, deixar de recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada não enseja* per se *a aplicação da multa isolada, pois esta multa só é aplicável quando, além de não recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada, o contribuinte deixar de levantar balanço de suspensão, conforme dispõe o art. 35 da Lei no 8.981/95. Assim, a multa isolada não decorre unicamente da falta de recolhimento do IRPJ mensal, mas da inobservância das normas que regem o recolhimento sobre bases estimadas, ou seja, do regime.*
>
> [...]
>
> *Assim, demonstrado que temos duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas diferentes, resta irrefutável que não há unidade de conduta, logo não existe qualquer conflito aparente entre as normas dos incisos I e IV do § 1º do art. 44 e, consequentemente, indevida a aplicação do princípio da consunção no caso em tela.*
>
> *Noutro ponto, refuto os argumentos de que a falta de recolhimento da estimativa mensal seria uma conduta menos grave, por atingir um bem jurídico secundário – que seria a antecipação do fluxo de caixa do governo. Conforme já demonstrado, a multa isolada é aplicável pela não observância do regime de recolhimento pela estimativa e a conduta que ofende tal regime jamais poderia ser tida como menos grave, já que põe em risco todo o sistema de recolhimento do IRPJ sobre o lucro real anual – pelo menos no formato desenhado pelo legislador.*
>
> *Em verdade, a sistemática de antecipação dos impostos ocorre por diversos meios previstos na legislação tributária, sendo exemplos disto, além dos recolhimentos por estimativa, as retenções feitas pelas fontes pagadoras e o recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), feitos pelos contribuintes pessoas físicas. O que se tem, na verdade são diferentes formas e momentos de exigência da obrigação tributária. Todos esses instrumentos visam ao mesmo tempo assegurar a efetividade da arrecadação tributária e o fluxo de caixa para a execução do orçamento fiscal pelo governo, impondo-se igualmente a sua proteção (como bens jurídicos). Portanto, não há um bem menor, nem uma conduta menos grave que possa ser englobada pela outra, neste caso.*
>
> *Ademais, é um equívoco dizer que o não recolhimento do IRPJ-estimada é uma ação preparatória para a realização da "conduta mais grave" – não recolhimento do tributo efetivamente devido no ajuste. O não pagamento de todo o tributo devido ao final do exercício pode ocorrer independente do fato de terem sido recolhidas as estimativas, pois o resultado final apurado não guarda necessariamente proporção com os valores devidos por estimativa. Ainda que o contribuinte recolha as antecipações, ao final pode ser apurado um saldo de tributo a pagar, com base no resultado do exercício. As infrações tributárias que ensejam a multa isolada e a multa de ofício nos casos em tela são autônomas. A ocorrência de uma delas não pressupõe necessariamente a existência da outra, logo inaplicável o princípio da consunção, já que não existe conflito aparente de normas.*

Original

Tais circunstâncias são totalmente distintas das que ensejam a aplicação de multa moratória ou multa de ofício sobre tributo não recolhido. Nesta segunda hipótese, sim, a base fática é idêntica, porque a infração de não recolher o tributo no vencimento foi praticada e, para compensar a União o sujeito passivo poderá, caso não demande a atuação de um agente fiscal para constituição do crédito tributário por lançamento de ofício, sujeitar-se a uma penalidade menor[12]. Se o recolhimento não for promovido depois do vencimento e o lançamento de ofício se fizer necessário, a multa de ofício fixada em maior percentual incorpora, por certo, a reparação que antes poderia ser promovida pelo sujeito passivo sem a atuação de um Auditor Fiscal.

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

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

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

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

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

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

> *A multa isolada teve em conta falta de recolhimento de estimativa de CSLL no valor de R$ 94.130,67, ao passo que a multa de ofício foi aplicada sobre a CSLL apurada no ajuste anual no valor de R$ 31.595,78. Discute-se, no caso, a aplicação da Súmula CARF nº 105 de seguinte teor:* A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.
>
> *Os períodos de apuração autuados estariam alcançados pelo dispositivo legal apontado na Súmula CARF nº 105. Todavia, como evidenciam as bases de cálculo das penalidades, a concomitância se verificou apenas sobre parte da multa isolada exigida por falta de recolhimento da estimativa de CSLL devida*

---

[12] Lei nº 9.430, de 1996, art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.
§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subseqüente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.
§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.
§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Original

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

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

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

[...]

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

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

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

Considerando que, no presente caso, as infrações foram apuradas de forma independente estimativa não recolhida em razão de seu parcelamento parcial e ajuste anual não recolhido em razão da compensação de bases negativas acima do limite legal e assim resultaram em distintas bases para aplicação das penalidades, é válido concluir que não há concomitância em relação à multa isolada aplicada sobre a parcela de R$ 62.534,89 (= R$ 94.130,67 R$ 31.595,78), correspondente à estimativa de CSLL em dezembro/2002 que excede a falta de recolhimento apurada no ajuste anual.

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

[...]

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

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

Conforme o demonstrativo de fls. 21, a omissão resultou numa base tributável anual do IR no valor de R$ 5.076.300,39, mas numa base estimada de R$ 8.902.754,18. Assim, deve ser mantida a multa isolada relativa à estimativa de

Original

> *imposto de renda que deixou de ser recolhida sobre R$ 3.826.453,79 (R$ 8.902.754,18– R$ 5.076.300,39), parcela essa que não foi absorvida pelo delito de não recolhimento definitivo, sobre o qual foi aplicada a multa proporcional.*
>
> *Abaixo, segue a discriminação dos valores:*
>
> *Base estimada remanescente: R$ 3.826.453,79*
>
> *Estimativa remanescente (R$ 3.826.453,79 x 25%): R$ 956.613,45*
>
> *Multa isolada mantida (R$ 956.613,45 x 50%): R$ 478.306,72*
>
> *Multa isolada excluída (R$ 1.109.844,27 – R$ 478.306,72: R$ 631.537,55*
>
> [...]
>
> A observância do entendimento sumulado, portanto, pressupõe a identificação dos requisitos expressos no enunciado e a análise das circunstâncias do caso concreto, a fim de conferir eficácia à súmula, mas não aplica-la a casos distintos. Assim, a referência expressa ao fundamento legal das exigências às quais se aplica o entendimento sumulado limita a sua abrangência, mas a adoção de expressões cujo significado não pode ser identificado a partir dos paradigmas da súmula confere liberdade interpretativa ao julgador.
>
> Como antes referido, no presente processo a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais foi exigida para fatos ocorridos após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.
>
> Sendo assim e diante do todo o exposto, não só não há falar na aplicação ao caso da Súmula CARF nº 105, como não se pode cogitar da impossibilidade de lançamento da multa isolada por falta de recolhimento das estimativas após o encerramento do ano-calendário.
>
> Como se viu, a multa de 50% prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 e calculada sobre o pagamento mensal de antecipação de IRPJ e CSLL que deixe de ser efetuado penaliza o descumprimento do dever de antecipar o recolhimento de tais tributos e independe do resultado apurado ao final do ano-calendário e da eventual aplicação de multa de ofício.
>
> Nessa condição, a multa isolada é devida ainda que se apure prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, conforme estabelece a alínea "b" do referido inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, sendo que não haveria sentido em comando nesse sentido caso não se pudesse aplicar a multa após o encerramento do ano-calendário, eis que antes de encerrado o ano sequer pode se determinar se houve ou não prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL.
>
> No mesmo sentido do entendimento aqui manifestado citam-se os seguintes acórdãos desta 1ª Turma da CSRF: 9101-002.414 (de 17/08/2016), 9101-002.438 (de 20/09/2016) e 9101-002.510 (de 12/12/2016).
>
> É de se negar, portanto, provimento ao recurso da Contribuinte, mantendo-se o lançamento de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas. *(destaques do original)*

Especificamente acerca do princípio da consunção, vale o acréscimo das razões de decidir adotadas pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto e expostas, dentre outros, no voto condutor do Acórdão nº 9101-006.056[13]:

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

Original

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

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

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

> [...]
>
> Nada obstante, as regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.
>
> Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.
>
> Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.
>
> A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.
>
> É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.
>
> Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.
>
> Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.
>
> No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:
>
> > Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.
>
> O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.
>
> Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda

Original

> de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?
>
> Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte."

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

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

> "Manifestei-me em outras ocasiões pela aplicação ao caso do princípio da consunção, pelo qual prevalece a penalidade mais grave quando uma pluralidade de normas é violada no desenrolar de uma ação.
>
> De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados *consuntos*, que funcionam apenas como fases de preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado *consuntivo*, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou inerente, dependentemente, deste último, *o sujeito ativo só deverá ser responsabilizado pelo ilícito mais grave*.[14].
>
> Veja-se que a condição básica para aplicação do princípio é a íntima interligação entre os ilícitos. Pelo até aqui exposto, pode-se dizer que a intenção do legislador tributário foi justamente deixar clara a independência entre as irregularidades, inclusive alterando o texto da norma para ressaltar tal circunstância.
>
> No voto paradigma que decidiu casos como o presente sob a ótica do princípio da consunção, o relator cita Miguel Reale Junior que discorre sobre o crime progressivo, situação típica de aplicação do princípio em comento.
>
> Pois bem. Doutrinariamente, existe *crime progressivo* quando o sujeito, para alcançar um resultado normativo (ofensa ou perigo de dano a um bem jurídico), necessariamente deverá passar por uma conduta inicial que produz outro evento normativo, menos grave que o primeiro.
>
> Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um *minus* em direção a um *plus*. [15] (destaques acrescidos).

---

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

[15] Idem, Idem

Original

> Estaríamos diante de uma situação de conflito aparente de normas. Aparente porque o princípio da especialidade definiria a questão, com vistas a evitar a subsunção a dispositivos penais diversos e, por conseguinte, a confusão de efeitos penais e processuais.
>
> Aplicando-se essa teoria às situações que envolvem a imputação da multa de ofício, a irregularidade que gera a multa aplicada em conjunto com o tributo não necessariamente é antecedida de ausência ou insuficiência de recolhimento do tributo devido a título de estimativas, suscetível de aplicação da multa isolada.
>
> Assim, não há como enquadrar o conceito da progressividade ao presente caso, motivo pelo qual tal linha de raciocínio seria injustificável para aplicação do princípio da consunção.
>
> Ainda seguindo a analogia com o direito penal, a grosso modo poder-se-ia dizer que a situação sob exame representaria um concurso real de normas ou, mais especificamente, um concurso material: duas condutas delituosas causam dois resultados delituosos.
>
> Abstraindo-se das questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo." *(destaques do original)*

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

> Art. 52. Verificada, durante o ano-calendário em curso, a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, o lançamento de ofício restringir-se-á à multa isolada sobre os valores não recolhidos.
>
> § 1º A multa de que trata o caput será de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado.
>
> § 2º As infrações relativas às regras de determinação do lucro real ou do resultado ajustado, verificadas nos procedimentos de redução ou suspensão do IRPJ ou da CSLL a pagar em determinado mês, ensejarão a aplicação da multa de ofício sobre o valor indevidamente reduzido ou suspenso.
>
> § 3º Na falta de atendimento à intimação de que trata o § 1º do art. 51, no prazo nela consignado, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil procederá à aplicação da multa de que trata o caput sobre o valor apurado com base nas regras previstas nos arts. 32 a 41, ressalvado o disposto no § 2º do art. 51.
>
> § 4º A não escrituração do livro Diário ou do Lalur de que trata o caput do art. 310 até a data fixada para pagamento do IRPJ e da CSLL do respectivo mês, implicará desconsideração do balanço ou balancete para efeito da suspensão ou redução de que trata o art. 47 e a aplicação do disposto no § 2º deste artigo.

Original

> § 5º Na verificação relativa ao ano-calendário em curso o livro Diário e o Lalur a que se refere o § 4º serão exigidos mediante intimação específica, emitida pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.
>
> Art. 53. Verificada a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:
>
> I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL no ano-calendário correspondente; e
>
> II - o IRPJ ou a CSLL devido com base no lucro real ou no resultado ajustado apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do tributo.

Observe-se, também, que as manifestações do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema foram editadas, apenas, no âmbito da 2ª Turma, e o posicionamento desta, inclusive, está renovado em acórdão mais recente, mas sem acréscimos nas razões de decidir, exarado nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.603.525/RJ, proferido em 23/11/2020[16] e assim ementado:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.
>
> I - Na origem, trata-se de ação objetivando a anulação de três lançamentos tributários, em virtude da existência de excesso do montante cobrado.
>
> II - Após sentença que julgou parcialmente procedente o pleito elaborado na exordial, foram interpostas apelações pelo contribuinte e pela Fazenda Nacional, recursos que tiveram, respectivamente, seu provimento parcialmente concedido e negado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ficando consignado o entendimento de que é ilegal a aplicação concomitante das multas de ofício e isolada, previstas no art. 44 da Lei n. 9.430/1996.
>
> III - Conquanto a parte insista que a única hipótese em que se poderá cobrar a multa isolada é se não for possível cobrar a multa de ofício, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que é ilegal a aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/1996. Nesse sentido: REsp 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 24/3/2015 e AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015.
>
> IV - Agravo interno improvido.

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

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

Original

principal das estimativas não recolhidas que passarão, antes, pelo filtro da apuração ao final do ano-calendário.

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte com respeito às exigências de multas isoladas.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Esta Conselheira divergiu da maioria do Colegiado para dar provimento ao recurso especial da PGFN com respeito à amortização do ágio pago na oferta pública de ações, reiterando os fundamentos expressos em operação semelhante, inclusive controvertida nesta instância especial com base no mesmo paradigma aqui trazido pela PGFN – Acórdão nº 1103-001.151. Nestes termos foi o voto vencido, no mérito, que integra o Acórdão nº 9101-006.289:

> Os responsáveis tributários TELEFÔNICA BRASIL S/A e POP INTERNET LTDA contestam a admissibilidade do recurso especial da PGFN porque o *acórdão paradigma mencionado pela PGFN envolvendo a impossibilidade de dedução de ágio decorrente de OPA não reflete a divergência sobre esse tema ao tratar de situação fática distinta daquela analisada pelo acórdão recorrido.*
>
> Argumentam que o paradigma nº 1103-001.151 *discute a amortização do ágio resultante de uma OPA, realizada no contexto da combinação de negócios*, mediante permuta de participações societárias, com exigência da CVM de que fosse realizada *uma OPA obrigatória para aquisição de todas as ações ordinárias da Ambev remanescentes em circulação*, sendo que *a OPA foi lançada pela Inbev*, mas *a Inbev Holding Brasil, subsidiária local do Grupo Interbrew, foi a responsável pela liquidação financeira da operação, por conta e ordem da Inbev*, da qual resultou o registro do ágio com fundamento em rentabilidade futura da Ambev, a qual incorporou Inbev Holding Brasil e passou a amortizar o ágio. A glosa das amortizações se deu *sob a justificativa de que a Inbev Holding Brasil não era a real adquirente do investimento na Ambev, uma vez que a Inbev figurou como a ofertante na OPA e o papel da Inbev Holding Brasil na transação foi apenas a liquidação financeira, embora esta tenha registrado o ágio pago pelas ações*, além de não existir propósito negocial na operação em face do *curto intervalo de tempo entre a OPA e a incorporação*.
>
> No entendimento das responsáveis, *um dos motivos determinantes para a decisão do CARF em sentido desfavorável à Ambev consistiu no fato do ágio decorrente da OPA ter sido registrado por empresa que não detinha a titularidade da oferta. Nesse sentido, a Ambev teria amortizado um ágio de terceiro, desvinculado da operação real de aquisição do seu controle por uma pessoa jurídica estrangeira.* Ademais, *Inbev Holding Brasil foi incorporada pela Ambev apenas 114 dias após a transação relativa à OPA.* Já no presente caso, *o investimento na GVT* ***foi diretamente adquirido*** *pela VTB, mediante o pagamento em dinheiro de todo o preço de aquisição,* ***incluindo a parcela do ágio, de modo que*** *não há que se falar na prévia transferência do investimento na GVT para VTB. Assim, o investimento adquirido na GVT, incluindo a totalidade do ágio pago com fundamento na sua expectativa de rentabilidade futura, sempre esteve registrado no patrimônio da* ***VTB*** *que, mediante emprego de recursos próprios, efetivamente desembolsou os valores* ***vinculados ao referido ágio****. Com a*

Original

*incorporação dessa sociedade pela Recorrida **após** aproximadamente três anos da operação de aquisição com o pagamento do ágio, esta passou a amortizar o ágio para fins fiscais exatamente tal como autorizado pelos referidos dispositivos.*

A acusação fiscal sob análise pauta-se na premissa de que as ações de GVT (HOLDING) S.A foram adquiridas pela companhia francesa VIVENDI S.A, e que a incorporação ocorrida entre GVT (HOLDING) S.A e VTB PARTICIPAÇÕES S.A não autorizaria a dedução fiscal do ágio amortizado a partir desta ocorrência. A autoridade fiscal assim relata esta parte das operações realizadas:

> O terceiro conjunto de operações consistiu em uma Oferta Pública de Aquisição (OPA), do tipo obrigatória, nos moldes do art. 4º, § 6º, da Lei nº 6.404/1976[17]. A VIVENDI SA visava adquirir as ações de emissão da GVT (HOLDING) SA que ainda estavam em circulação no mercado bursátil brasileiro. Além da própria VIVENDI SA, figurou como "ofertante" a sua subsidiária VTB PARTICIPAÇÕES SA[18]. O edital da OPA está acostado às fls. 1093 a 1118 e foi lançado em 26/03/2010.
>
> Conforme informação contida na Nota Explicativa nº 1 das Demonstrações Financeiras da VTB PARTICIPAÇÕES do AC 2011 (fls. 546 e 547), em virtude da OPA ocorreram os seguintes fatos:
>
> (i) Até 27/04/2010, um total de 16.647.327 (12,16%) ações da GVT (HOLDING) SA foram adquiridas pela VTB PARTICIPAÇÕES por conta e ordem da VIVENDI.
>
> (ii) Em 07/05/2010, a Comissão de Valores Imobiliários cancelou o registro de companhia aberta da GVT (HOLDING) SA.
>
> (iii) Na Assembleia Geral da GVT (HOLDING) SA realizada em 10/06/2010 deliberou-se por resgatar e cancelar o restante das ações da sociedade nos termos do art. 4º, § 5º, da Lei nº 6.404/1976[19].
>
> Esse terceiro conjunto de operações, relativas à OPA, abrangeu 17.407.834 ações (12,72%) e teve o custo de R$ 1.012.185.121,39, conforme informação fornecida pela FISCALIZADA à fl. 119. Não se pode deixar de notar que os recursos empregados pela VTB PARTICIPAÇÕES na OPA, no total de mais de R$ 1 bilhão, haviam sido recém disponibilizados mediante capitalização de recursos remetidos do exterior pela francesa VIVENDI[20].

Mais à frente, a autoridade lançadora unifica os ágios resultantes de aquisições promovidas por VIVENDI S.A, para denomina-los "ágio francês", nos seguintes termos:

> Como visto no tópico 4.2.1 deste TVF, entre novembro/2009 e março/2010, 87,28% das ações de emissão da GVT (HOLDING) SA foram adquiridas diretamente pela companhia francesa VIVENDI pelo total de R$ 6.658.710.903,42 (vide Tabela 2).

---

[17] Lei nº 6.404/1976, art. 4º, § 6º: O acionista controlador ou a sociedade controladora que adquirir ações da companhia aberta sob seu controle que elevem sua participação, direta ou indireta, em determinada espécie e classe de ações à porcentagem que, segundo normas gerais expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, impeça a liquidez de mercado das ações remanescentes, será obrigado a fazer oferta pública, por preço determinado nos termos do § 4o, para aquisição da totalidade das ações remanescentes no mercado.

[18] À época da OPA (ou seja, em abril/2010), a companhia francesa VIVENDI detinha 1.013.015.000 das 1.013.015.100 ações da VTB PARTICIPAÇÕES, conforme boletins de subscrição acostados às fls. 714 e 731.

[19] Lei nº 6.404/1976, art. 4º, § 5º: Terminado o prazo da oferta pública fixado na regulamentação expedida pela Comissão de Valores Mobiliários, se remanescerem em circulação menos de 5% (cinco por cento) do total das ações emitidas pela companhia, a assembleia geral poderá deliberar o resgate dessas ações pelo valor da oferta de que trata o § 4o, desde que deposite em estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, à disposição dos seus titulares, o valor de resgate [...].

[20] Vide item 5.II da ata da AGE da VTB PARTICIPAÇÕES realizada em 28/04/2010 (fls. 729 e 730).

Original

Um dos requisitos legais para que o ágio fosse amortizado no Brasil consistia na necessidade de haver a incorporação da investida pela investidora (ou vice-versa). Mas essa condição jamais poderia ser atendida caso a VIVENDI permanecesse com o controle direto da participação societária adquirida com ágio. Isso porque há impossibilidade jurídica de se fazer a incorporação de uma empresa brasileira por outra estrangeira (ou vice-versa).

Assim, a etapa seguinte do planejamento tributário posto em prática consistiu em "nacionalizar" o investimento feito pela francesa VIVENDI. Para tanto, em dezembro/2011, as ações de emissão da GVT (HOLDING) SA então detidas pela VIVENDI foram incorporadas pela sua subsidiária brasileira VTB PARTICIPAÇÕES (vide ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 21/12/2011 – fls. 742 a 745). Tratava-se de 119.455.959 ações, representativas de 87,28% do capital da GVT (HOLDING) SA, tendo lhes sido atribuído o valor de R$ 6.658.710.903,4219; coincidente, portanto, com o custo de aquisição arcado diretamente pela VIVENDI.

O fato de se ter atribuído às ações incorporadas valor idêntico àquele pago pela VIVENDI (ou seja, R$ 6.658.710.903,42) não é mera coincidência. Houve, novamente, indisfarçada motivação fiscal na valoração, a fim de que VIVENDI não incidisse em hipótese de ganho de capital tributável, situação essa que será mais detalhada no tópico 4.4 desse TVF.

Feita a incorporação de 87,28% das ações, a GVT (HOLDING) SA tornou-se uma subsidiária integral da VTB PARTICIPAÇÕES. Isso porque os demais 12,72% já haviam sido adquiridos pela VTB PARTICIPAÇÕES, por conta e ordem da VIVENDI SA, no âmbito da OPA concluída em junho/2010.

Segundo entendimento da FISCALIZADA (fl. 119), a totalidade das ações de emissão da GVT (HOLDING) SA teria sido então "adquirida" pela VTB PARTICIPAÇÕES pelo custo de R$ 7.670.896.024,81, que pode ser assim desdobrado:

- 12,72% por meio da OPA, no valor de R$ 1.012.185.121,39 (vide tópico 4.2.1); e
- 87,28% na incorporação de ações, o que se fez pelo valor de R$ 6.658.710.903,42.

Como à época da incorporação das ações o capital social da GVT (HOLDING) SA era de R$ 2.640.804.808,45, **a incorporadora VTB PARTICIPAÇÕES registrou ágio de R$ 5.030.091.216,36** (= R$ 7.670.896.024,81 – R$ 2.640.804.808,45) – vide Figura 2 a seguir.

[...]

Para melhor compreensão, doravante adotar-se-á as seguintes denominações:

- "**ÁGIO FRANCÊS**": é o ágio pago pela VIVENDI nas aquisições de ações de emissão da GVT (HOLDING) efetuadas entre novembro/2009 e junho/2010, conforme discriminado na Tabela 2. Inclui-se aqui a parcela paga no âmbito da OPA, haja vista tratar-se de operação realizada por conta e ordem da VIVENDI (vide edital às fls. 1093 a 1118). Aliás, não haveria sentido em se falar de fechamento de capital, que é o propósito de uma OPA obrigatória[15], se o adquirente das ações em circulação não fosse o próprio acionista controlador.
- "**ÁGIO DA INCORPORAÇÃO**": é o ágio registrado pela VTB PARTICIPAÇÕES por ocasião da incorporação das ações de emissão da GVT (HOLDING) em dezembro/2011.

[...] *(destaques do original)*

Posteriormente, a autoridade lançadora arremata sua argumentação contrária à amortização do ágio constituído no âmbito da OPA com as seguintes ponderações:

Original

> Da sequência de operações detalhada entre os tópicos 4.2.1 a 4.2.5 deste TVF, exsurge de forma incontroversa que a VTB PARTICIPAÇÕES jamais foi a adquirente de fato do investimento. Ainda que se pudesse atribuir a ela o pagamento de algum valor na aquisição da GVT (HOLDING), isso só seria ser cogitado no âmbito da OPA; portanto, de forma residual. Ainda assim, não se pode perder de vista que, mesmo na OPA, a VTB PARTICIPAÇÃOES não passou de um *longa manus* da VIVENDI, haja vista esse último quinhão de aquisições ter sido efetuada por conta e ordem da companhia francesa, conforme indicado no próprio edital (fl. 1093). Aliás, não haveria sentido em se falar de fechamento de capital, que é o propósito de uma OPA obrigatória nos termos do art. 4º, § 6º, da Lei nº 6.404/1976, se o adquirente das ações em circulação não fosse o próprio acionista controlador naquele momento, no caso, a VIVENDI.

Constata-se, nestes termos, que a autoridade fiscal identificou participação central de VIVENDI S.A na Oferta Pública de Ações (OPA), inicialmente consignando que *além da própria VIVENDI SA, figurou como "ofertante" a sua subsidiária VTB PARTICIPAÇÕES SA*, para depois afirmar tratar-se de *operação realizada por conta e ordem da VIVENDI (vide edital às fls. 1093 a 1118)*, e ao final observar que *não haveria sentido em se falar de fechamento de capital, que é o propósito de uma OPA obrigatória nos termos do art. 4º, § 6º, da Lei nº 6.404/1976, se o adquirente das ações em circulação não fosse o próprio acionista controlador naquele momento, no caso, a VIVENDI*. Relevante, neste contexto, a transcrição de excertos do edital referido na acusação fiscal (e-fls. 1093/1118):

> BANCO ITAÚ BBA S.A., instituição financeira com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n°. 3.400, 4° andar, parte, Itaim Bibi, CEP 04538-132, inscrita no CNPJ/MF sob o n° 17.298.092/0001-30, na qualidade de instituição financeira intermediadora (a "Intermediadora" ou a "Instituição Intermediária"), por conta e ordem da VTB PARTICIPAÇÕES S.A., ("VTB"), subsidiária da VIVENDI (definida a seguir), companhia com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Funchal, n° 418, 11 o andar, sala 19 G, Vila Olímpia, CEP 04551-060, inscrita no CNPJ/MF sob o no 11.196.681/0001-21, e **VIVENDI SA, companhia francesa com sede na 42 Avenue de Friedland, n° 75008 Paris, França ("Vivendi" e, em conjunto com VTB, a "Ofertante"),** vem apresentar aos acionistas detentores de ações ordinárias emitidas pela GVT (HOLDING) S.A. (os "Acionistas", as "Ações" e a "GVT" ou a "Companhia", respectivamente), companhia aberta com sede na Cidade de Curitiba, Estado do Paraná, na Rua Lourenço Pinto, n° 299, 13° andar, Centro, CEP 80010-160, inscrita no CNPJ/MF sob o n° 03.420.904/0001-64, a presente Oferta Pública de Aquisição de Ações (a "Oferta" ou a "OPA"), tendo em vista a alienação de controle da Companhia, e, cumulativamente, em decorrência de um aumento de participação da Ofertante no capital votante da Companhia e para o cancelamento do registro da Companhia, de acordo com o disposto nos itens 8.1 e 10 do Regulamento de Listagem do Novo Mercado da BM&FBOVESPA S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (o "Regulamento do Novo Mercado" e "BM&FBOVESPA", respectivamente), nos artigos 40 e 46 do Estatuto Social da Companhia, no artigo 4°, parágrafo 6°, no artigo 254-A da Lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976, conforme alterada ("Lei das S.A."), e nos artigos 16 e seguintes, 26, 29 e seguintes da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários n.º361, de 5 de março de 2002, conforme alterada (a "CVM" e a "Instrução CVM 361 ", respectivamente), e nos termos e condições descritos a seguir. Nos termos do artigo 34 da Instrução CVM 361, a Oferta é realizada mediante a adoção de procedimento diferenciado, conforme aprovado pelo Colegiado da CVM na reunião ocorrida em 23 de março de 2010.
>
> 1. OFERTA
>
> [...]

Original

> No que tange à Aquisição e à Aquisição Adicional, a Vivendi concordou em pagar, nos contratos de compra aplicáveis, uma quantia determinada de pagamento adicional aos Antigos Acionistas Controladores e à Ashmore se: (i) a Vivendi concluir a OPA e o preço por Ação pago na referida OPA ultrapassar o preço por Ação pago aos Antigos Acionistas Controladores e à Ashmore; (ii) um terceiro oferecer um preço por Ação superior ao preço por Ação pago aos Antigos Acionistas Controladores e à Ashmore, sujeito à venda, pela Vivendi, de todas ou parte das Ações para a oferta de terceiro, sendo esta oferta de terceiro liquidada; e (iii) a Vivendi transferir quaisquer Ações a terceiros antes de 31 de dezembro de 2010, por um preço por Ação que ultrapassar o preço por Ação pago aos Antigos Acionistas Controladores e à Ashmore (o "Pagamento Adicional na Hipótese de Transferência de Ações"). O preço total por Ação pago na Aquisição, na Aquisição Adicional e nos Contratos de Opção de Compra não ultrapassará, em nenhuma hipótese, o preço por Ação pago aos Acionistas na OPA.
>
> Adicionalmente à Aquisição e à Aquisição Adicional, após 13 de novembro de 2009, a Vivendi adquiriu no mercado, até a presente data, 45.612.333 Ações, o que equivale a uma participação no capital social da Companhia de 33%. Em 23 de dezembro de 2009, a Vivendi anunciou que concluiu o exercício de todas as opções de compra de Ações.
>
> Portanto, a quantidade total de Ações adquirida pela Vivendi a partir dessa data é de 119.455.953 Ações, correspondentes a 87% da totalidade de Ações emitidas, considerando as quatro ações cedidas para os membros do Conselho de Administração indicados pela Vivendi. As aquisições foram divulgadas ao mercado por meio da publicação de Fatos Relevantes datados de 13 de novembro de 2009, 1 de dezembro de 2009, 11 de dezembro de 2009, 23 de dezembro de 2009 e 6 de janeiro de 2010 (os "Fatos Relevantes").
>
> Como resultado das operações descritas acima, **a Vivendi apresenta oferta pública visando a aquisição de até a totalidade das Ações de emissão da GVT,** nos termos dos itens 8.1 e 10 do Regulamento do Novo Mercado, dos artigos 40 e 46 do Estatuto Social da Companhia, do artigo 254-A e do parágrafo 6° do artigo 4° da Lei das S.A. e dos artigos 16, 26 e 29 da Instrução CVM 361. Imediatamente após a Aquisição em 13 de novembro de 2009, e em conformidade com o item 8.1.1 e 8.3 do Regulamento do Novo Mercado, a Vivendi entregou à BM&FBOVESPA uma declaração contendo o preço e outros termos e condições da Aquisição, além do Termo de Anuência dos Controladores.
>
> 1.2 Racional Estratégico: A Vivendi inicia relacionamento estratégico de longo prazo com a GVT por meio dessa aquisição. Na posição de líder mundial em comunicações e entretenimento e com histórico reconhecido de sucesso no desenvolvimento de subsidiárias, a Vivendi acredita que pode contribuir efetivamente com os planos da GVT, acelerando seu crescimento e favorecendo, portanto, o desenvolvimento da concorrência no mercado de telecomunicações no Brasil.
>
> [...]
>
> 4.5 Liquidação Financeira da Oferta: A liquidação financeira da Oferta será realizada pela VTB no 3° dia útil após a Data do Leilão pelo módulo bruto, com a Câmara de Compensação e Liquidação da BM&FBOVESPA atuando apenas como facilitadora da liquidação, não sendo contraparte central garantidora.
>
> [...] *(negrejou-se)*

O voto condutor do acórdão recorrido, por sua vez, assim se refere à pretensão fiscal de *qualificar a Vivendi S.A como a real adquirente das ações*:

> Com relação à oferta pública de ações, me parece claro nos autos que a operação restou totalmente transparente. Tal solução fora adotada por ser obrigatória e

Original

ocorreu em ambiente regulado com pagamentos efetivos em dinheiro para terceiros independentes em condições de livre mercado. Tais características desta primeira operação não foram sequer questionadas pelo Fisco.

Demonstra a Recorrente que **a VTB foi a efetiva ofertante na OPA que a mencionada liquidação financeira ocorreu com recursos próprios**.

Neste ponto, alega a autoridade fiscal para justificar a glosa do ágio que não ocorreu a chamada confusão patrimonial que em seu entendimento constitui elemento necessário para a possibilitar a respectiva dedução fiscal.

Aqui, entendo necessário lembrar a obrigatória observância do Princípio da Legalidade, segundo o qual não pode ser exigido do contribuinte qualquer obrigação ou conduta que não esteja prevista em lei.

No meu entendimento, os dispositivos legais aqui aplicados se resumem aos art. 7°e 8°da Lei n. 9.532/97 e o art. 385 do RIR/99 que assim dispõem:

[...]

É possível perceber na leitura dos dispositivos legais acima que a operação acima detalhada cumpriu todos os requisitos legais aplicáveis.

Entendo aqui que **as referências genéricas sobre quem foi o real adquirente** ou sobre a necessária confusão patrimonial que entendo ser uma tese criada pelo Fisco sem base em lei não são suficientes para justificar a glosa do ágio.

Para desconsiderar a operação e glosar o ágio, deve a fiscalização provar que os negócios jurídicos perpetrados em sua forma restaram inexistentes na essência (simulação).

Mas isso não ocorreu nos autos.

Questiona o fisco o fato dos recursos utilizados pela VTB neste encadeamento de operações terem sido obtidos através de aumento de capital feita por sua controladora Vivendi S.A. Tal fato é totalmente irrelevante para o deslinde do presente caso.

Vejam, em qualquer empresa, o caixa sempre virá de algum lugar. O ultimo nível da estrutura corporativa sempre encontrará uma pessoa física. Quero dizer com isso que a ocorrência do aumento de capital na VTB em nada macula as operações subsequentes e nem lhe alteram a natureza.

Do uso da empresa veículo

A alegação do fisco de utilização da VTB como empresa veículo para justificar a glosa do ágio carece não somente de fundamentação jurídica mas também de base fática no presente caso.

Primeiramente, quero destacar que a utilização da chamada empresa veículo pelo contribuinte tem sido invocada pelo Fisco como condição para invalidar o negócio jurídico ou conjunto de negócios jurídicos que culminaram na dedução do ágio pago.

No caso em tela, a "empresa veículo" é a VTB, que segundo o Fisco foi utilizada pelo contribuinte com o objetivo único de possibilitar o aproveitamento do ágio.

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

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

[...]

Original

> Me parece cada vez mais pacificado o entendimento de que a utilização de uma empresa veículo para aquisição de outras empresas, de grupo econômico distinto, não revela qualquer vício, ilegalidade ou abuso em si.
>
> De qualquer forma, temos que **a VTB não era uma empresa de fachada ou fictícia. Pelo contrário, os autos mostram que tratava-e de pessoa jurídica efetivamente constituída e que manteve a GVT como sua investida por um período muito razoável (cerca de 04 anos) e que desempenho exatamente o papel que se espera de uma empresa holding que é a consolidação dos investimentos societários do grupo**.
>
> Além da **frágil argumentação de que os recursos utilizados pela VTB foram obtidos por aumento de capital anterior** (o que no fantasioso entendimento do fisco provaria que a VTB não seria a real adquirente dos investimentos) **não há qualquer outro elemento que desqualifique os atos da VTB.**
>
> Há clara tentativa da Fiscalização e da DRJ de tentar qualificar a Vivendi S.A como a real adquirente das ações. Ora, se partirmos deste princípio, deveria ser investigado também a origem dos recursos utilizados Vivendi e, após, a origem da origem e assim por diante.
>
> Não me parece crível tal racional.
>
> Pelo contrário, os autos demonstram que foi a VTB que organizou toda a cadeia de operações de aquisição das ações da GVT e efetivamente arcou com os custos e despesas da operação. Isso é que deve ser considerado!
>
> Assim, entendo que o argumento de utilização da empresa VTB como espécie de "*conduit company*" para justificar a glosa do aproveitamento do ágio deve ser integralmente afastada. *(negrejou-se)*

Nestes termos, firmou-se o entendimento de que a caracterização de Vivendi S.A como "real adquirente" se fez por meio de "referências genéricas" postas pela autoridade lançadora, concluindo-se que *além da frágil argumentação de que os recursos utilizados pela VTB foram obtidos por aumento de capital anterior*, inexistiria *qualquer outro elemento que desqualifique os atos da VTB.* Portanto, as constatações de que Vivendi S.A teria figurado como ofertante na OPA e seria a acionista controladora obrigada à oferta foram desmerecidas como aspectos relevantes na identificação do real adquirente na operação que gerou parte do ágio glosado.

O relatório do paradigma nº 1103-001.151 traz referências da acusação fiscal ali analisada e, no que tange à Oferta Pública de Ações, nota-se significativa similitude com a operação questionada nestes autos:

> Os fatos motivadores do lançamento estão assim descritos no relatório da decisão de primeira instância:
>
> [...]
>
> Formação dos ágios
>
> (xii) O formulário 20F, relativo ao ano de 2006, noticia que a AmBev, uma vez concluídas em 27 de agosto de 2004 as etapas estipuladas pelos dois acordos (Acordo de Contribuição e Subscrição e Acordo de Incorporação), passou a ser controlada pela InBev S.A. ('InBev' no esquema do 20F, anteriormente denominada Interbrew S.A.), que se tornou detentora indireta de 27.463.411.153 ações da AmBev (sendo 16.065.229.834 ações ordinárias e 11.398.181.319 ações preferenciais), representando 68,4% do capital votante e 49,1% do capital total da AmBev;
>
> (xiii) Em decorrência da aquisição do controle da AmBev pelos belgas, **a CVM exigiu que a InBev (Bélgica) realizasse uma oferta pública obrigatória para a aquisição de todas as ações ordinárias remanescentes em circulação**, que foi concluída em 29 de março de 2005, resultando na aquisição pela InBev (Bélgica) de um adicional de 2.960.070.177 ações ordinárias da AmBev,

Original

> aumentando sua participação na AmBev para aproximadamente 81% do capital votante e uma participação econômica de 56%;
>
> (xiv) **A oferta pública foi realizada por conta e ordem da belga InBev SA/NV (conforme informações do edital publicado com as informações sobre a oferta pública Anexo D acostado à resposta ao Termo de Intimação n. 8, doc. 82), que utilizou a InBev Holding Brasil para liquidar financeiramente a operação** que, por consequência, registrou contabilmente um ágio de R$ 1,497 bilhão, fundamentado em rentabilidade futura da AmBev; (xv) A InBev Holding Brasil reconheceria ainda um segundo ágio – quando da contribuição ao seu capital feita pela IIBV, em 30 de maio de 2005, com ações da AmBev recebidas em troca da Labatt – no valor de R$ 7.159.056.473,94;
>
> [...]
>
> Indedutibilidade da amortização do ágio reconhecido em virtude da oferta pública obrigatória
>
> (xxx) **A mudança de controle da AmBev deflagrou a obrigatoriedade de realização de uma oferta pública (OPA) pelos novos controladores, realizada em 29 de março de 2005, tendo como ofertante a InBev SA/NV, sociedade domiciliada na Bélgica, cuja liquidação financeira foi feita pela InBev Holding Brasil**;
>
> (xxxi) Em virtude desse repasse feito aos minoritários, a InBev Holding Brasil registrou contabilmente um ágio de R$ 1,497 bilhão, resultante da diferença entre o valor pago pelas ações na OPA e o PL (proporcionalmente ao percentual de ações adquiridas, cerca de 2,96%) da AmBev;
>
> [...] *(negrejou-se)*

Diante deste cenário, o voto condutor do paradigma assim conclui:

> A alienação do controle da AmBev impôs ao novo controlador a realização da OPA, ocorrida em 29 de março de 2005, em observância ao comando expresso da lei societária, com a redação dada pela Lei 10.303/2001, que assim dispõe:
>
> [...]
>
> No caso concreto, a Interbrew S/A (depois InBev S/A) passou a deter o controle da Ambev (recorrente) por intermédio das controladas IIBV e Tinsel Participações (depois InBev Holding Brasil), conforme as operações descritas no TVF e reproduzidas no relatório que antecede este voto.
>
> Inbev S/A constou do edital da OPA na condição de ofertante, definida como sociedade de capital aberto e responsabilidade limitada devidamente constituída e existente de acordo com as leis da Bélgica. O referido edital, que teve por instituição intermediária o Banco Itaú BBA S/A, se encontra nas fls. 2.220/2.241.
>
> A ofertante facultou aos interessados o pagamento em ações ordinárias da InBev ou em dinheiro, em Reais, segundo disposto no item 1.4 do edital. O pagamento em dinheiro foi realizado pela sua subsidiária brasileira InBev Holding Brasil, como previsto no item 1.4.2."ii".
>
> O órgão de primeira instância assim avaliou a operação:
>
> [...]
>
> A obrigação de realizar a OPA recai sobre a adquirente do controle da companhia aberta, a InBev belga, por disposição legal expressa, conforme indicado acima.
>
> A InBev Holding Brasil registrou no seu patrimônio o ágio decorrente da OPA, cuja titularidade era de outra pessoa jurídica, a sua controladora indireta InBev S/A, que foi depois transferido para a Ambev (recorrente) por ocasião da incorporação daquela (InBev Holding Brasil) por esta (Ambev).

Original

> Com efeito, a recorrente amortizou um ágio de terceiros, desvinculado da operação real de aquisição do controle da recorrente por pessoa jurídica estrangeira, como bem destacou a turma recorrida no trecho do acórdão contestado acima transcrito (e destacado), condição que desautoriza a dedução do valor correspondente na apuração da base de cálculo do IRPJ.

Como se vê, para a decisão do paradigma considera-se irrelevante o fato de a liquidação financeira da operação ser realizada pela sociedade brasileira. A definição da adquirente do investimento se dá em razão da obrigação de realizar a OPA, aspecto que, embora presente na acusação fiscal veiculada nestes autos, foi desmerecido na decisão tomada no acórdão recorrido. Em consequência, constata-se que ao alegarem, em contrarrazões ao recurso especial da PGFN, que *o investimento na GVT **foi diretamente adquirido** pela VTB, mediante o pagamento em dinheiro de todo o preço de aquisição, **incluindo a parcela do ágio,*** os responsáveis expõe a sua visão dos fatos ocorridos, e esta é substancialmente diversa da acusação fiscal, referencial primeiro para definição do litígio analisado nos acórdãos comparados.

Observe-se, ainda, que no voto condutor do paradigma o *curto intervalo de tempo entre a OPA e a incorporação*, mencionado pelas responsáveis em contrarrazões, foi irrelevante para a decisão acerca da indedutibilidade do ágio amortizado.

Confirma-se, portanto, que há substancial semelhança entre as operações analisadas nos acórdãos comparados e, diante das distintas conclusões a que se chegaram os Colegiados do CARF que as analisaram, resta caracterizado o dissídio jurisprudencial para que o recurso especial da PGFN seja CONHECIDO.

[...]

No mérito, as circunstâncias expostas para confirmar a admissibilidade do recurso fazendário indicam que lhe deve ser dado provimento para reconhecer a *ilegitimidade do aproveitamento fiscal da amortização do ágio decorrente de oferta pública de aquisição de ações (OPA)*. Isto porque o *edital de oferta pública para aquisição das ações da GVT (Holding) SA*, referenciado pela autoridade lançadora e destacado pela PGFN, presta-se a confirmar a alegação recursal de que *Vivendi SA foi a adquirente de fato e de direito das ações da GVT (Holding) SA pagas por meio da VTB Participações SA*.

Na transcrição precedente do referido documento, constante às e-fls. 1093/1118 e datado de 26/03/2010, resta patente que Vivendi S.A figurou como "ofertante", sendo irrelevante sua indicação "em conjunto com VTB", vez estar aquela, e não esta, obrigada à Oferta Pública de Aquisição de ações em razão do aumento de sua participação no capital votante de GVT (HOLDING) S.A, em face do qual, a partir de 23/12/2009, *a quantidade total de Ações adquirida pela Vivendi a partir dessa data* passou a ser *119.455.953 Ações, correspondentes a 87% da totalidade de Ações emitidas, considerando as quatro ações cedidas para os membros do Conselho de Administração indicados pela Vivendi.*

Está expresso no referido edital que *a Vivendi apresenta oferta pública visando a aquisição de até a totalidade das Ações de emissão da GVT* e, como bem observado pela autoridade lançadora, *não haveria sentido em se falar de fechamento de capital, que é o propósito de uma OPA obrigatória nos termos do art. 4º, § 6º, da Lei nº 6.404/1976, se o adquirente das ações em circulação não fosse o próprio acionista controlador naquele momento, no caso, a VIVENDI.*

De fato, nos termos da Lei nº 6.404/76:

> Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)
>
> § 1º Somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociados no mercado de valores mobiliários. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

Original

§ 2º Nenhuma distribuição pública de valores mobiliários será efetivada no mercado sem prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 3º A Comissão de Valores Mobiliários poderá classificar as companhias abertas em categorias, segundo as espécies e classes dos valores mobiliários por ela emitidos negociados no mercado, e especificará as normas sobre companhias abertas aplicáveis a cada categoria. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 4º O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4º-A. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 5º Terminado o prazo da oferta pública fixado na regulamentação expedida pela Comissão de Valores Mobiliários, se remanescerem em circulação menos de 5% (cinco por cento) do total das ações emitidas pela companhia, a assembléia-geral poderá deliberar o resgate dessas ações pelo valor da oferta de que trata o § 4º, desde que deposite em estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, à disposição dos seus titulares, o valor de resgate, não se aplicando, nesse caso, o disposto no § 6º do art. 44. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 6º O acionista controlador ou a sociedade controladora que adquirir ações da companhia aberta sob seu controle que elevem sua participação, direta ou indireta, em determinada espécie e classe de ações à porcentagem que, segundo normas gerais expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, impeça a liquidez de mercado das ações remanescentes, será obrigado a fazer oferta pública, por preço determinado nos termos do § 4º, para aquisição da totalidade das ações remanescentes no mercado. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

[...]

Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput*, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Original

> § 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)
>
> § 5º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Observe-se que, como consignado no Termo de Verificação Fiscal às e-fls. 23/88, as ações representativas de 87,28% foram detidas por Vivendi S.A até dezembro/2011, quando transferidas para a VTB Participações S/A:

> Como visto no tópico 4.2.1 deste TVF, entre novembro/2009 e março/2010, 87,28% das ações de emissão da GVT (HOLDING) SA foram adquiridas diretamente pela companhia francesa VIVENDI pelo total de R$ 6.658.710.903,42 (vide Tabela 2).
>
> Um dos requisitos legais para que o ágio fosse amortizado no Brasil consistia na necessidade de haver a incorporação da investida pela investidora (ou vice-versa). Mas essa condição jamais poderia ser atendida caso a VIVENDI permanecesse com o controle direto da participação societária adquirida com ágio. Isso porque há impossibilidade jurídica de se fazer a incorporação de uma empresa brasileira por outra estrangeira (ou vice-versa).
>
> Assim, a etapa seguinte do planejamento tributário posto em prática consistiu em "nacionalizar" o investimento feito pela francesa VIVENDI. Para tanto, em dezembro/2011, as ações de emissão da GVT (HOLDING) SA então detidas pela VIVENDI foram incorporadas pela sua subsidiária brasileira VTB PARTICIPAÇÕES (vide ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 21/12/2011 – fls. 742 a 745).
>
> Tratava-se de 119.455.959 ações, representativas de 87,28% do capital da GVT (HOLDING) SA, tendo lhes sido atribuído o valor de R$ 6.658.710.903,4219; coincidente, portanto, com o custo de aquisição arcado diretamente pela VIVENDI.
>
> O fato de se ter atribuído às ações incorporadas valor idêntico àquele pago pela VIVENDI (ou seja, R$ 6.658.710.903,42) não é mera coincidência. Houve, novamente, indisfarçada motivação fiscal na valoração, a fim de que VIVENDI não incidisse em hipótese de ganho de capital tributável, situação essa que será mais detalhada no tópico 4.4 desse TVF.
>
> Feita a incorporação de 87,28% das ações, a GVT (HOLDING) SA tornou-se uma subsidiária integral da VTB PARTICIPAÇÕES. Isso porque os demais 12,72% já haviam sido adquiridos pela VTB PARTICIPAÇÕES, por conta e ordem da VIVENDI SA, no âmbito da OPA concluída em junho/2010.

A participação de VTB Participações como mera interveniente para fins de liquidação financeira da oferta é evidenciada não só pelo item 4.5 do referido edital, antes transcrito, como também em sua descrição e de Vivendi S.A, no mesmo documento. Veja-se:

> 9. INFORMAÇÕES SOBRE A VTB
>
> 9.1 Informações Cadastrais: A VTB é uma sociedade anônima com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Funchal, n° 418, 11° andar, sala 19 G, Vila Olímpia, CEP 04551-060, inscrita no CNPJ/MF sob o n° ll.I 96.681/0001-21, com seu Estatuto Social arquivado na Junta Comercial do Estado de São Paulo sob o NIRE n° 35.300.372.611.
>
> 9.2 Objeto Social, Setores de Atuação e Atividades Desenvolvidas: **A Ofertante é sociedade de propósito específico para fins da Oferta. Como resultado, não tem nenhuma atividade até então, exceto as atividades inerentes à sua constituição e as atividades realizadas no âmbito da OPA**. A Ofertante tem a finalidade de negócios: a detenção de participações em outras empresas,

Original

nacionais ou possui o seguinte objeto social: a exploração de participação acionária no capital de outras companhias, nacionais ou estrangeiras, como quotista, acionista ou sócio.

9.3 Capital Social: **O capital social subscrito da Companhia é de R$ 230.715.100,00 (duzentos e trinta milhões, setecentos e quinze mil e cem reais),** dividido em 230.715.100 (duzentos e trinta milhões, setecentos e quinze mil e cem) ações ordinárias, nominativas, escriturais e sem valor nominal.

9.4 Composição Acionária: A VTB é subsidiária da Vivendi.

10. INFORMAÇÕES SOBRE A VIVENDI

10.1 Informações Cadastrais: Vivendi é uma sociedade francesa com sede à 42, Avenue de Friedland, n° 75008, Paris, França, com o *Registre du Commerce et des Sociétés de Paris* (Registro de Comércio e das Sociedades de Paris) sob a referência n.º 343.134.763.

10.2 Objeto Social, Setores de Atuação e Atividades Desenvolvidas: O objeto social principal da Vivendi é: (i) desenvolver, direta ou indiretamente, quaisquer atividades de telecomunicações e mídia/entretenimento e outros serviços interativos, para pessoas físicas, jurídicas ou para clientes do setor público; (ii) comercializar quaisquer produtos e serviços relacionados com o exposto acima; (iii) participar em qualquer operação comercial, industrial, financeira, relacionada a quotas, ações e imóveis, direta ou indiretamente relacionada com a finalidade acima ou para qualquer finalidade semelhante ou relacionada ou que contribua para o cumprimento desses objetivos; e (iv) de forma geral, a gestão e a aquisição, seja por subscrição, aquisição, contribuição, permuta ou por quaisquer outros meios, de ações, debêntures e quaisquer outros valores mobiliários ou sociedades já existentes ou a serem constituídas e a venda de tais valores mobiliários.

10.2.1 A Vivendi é uma provedora de comunicações global líder, com cerca de 43.000 empregados em 77 países, presente nos seguintes setores de atividade, através de suas subsidiárias (além da GVT) mencionadas abaixo:

(a) Activision Blizzard: um líder mundial em *video games.* É um produtor de jogos para consoles e jogos *online,* com posição de liderança na maioria dos segmentos da indústria em rápido crescimento de *vídeo games.* A Activision Blizzard produziu 3 dos 5 jogos mais vendidos de todos os tempos, incluindo "Guitar Hero", "World of Warcraft" (com 12 milhões de assinantes ativos ao redor do mundo) e "Call of Duty".

(b) Universal Music Group: um líder mundial em música gravada, representando mais de um em cada quatro álbuns vendidos em todo o mundo e mantendo um dos maiores catálogos de direitos musicais. Artistas da Universal Music no Brasil incluem, dentre outros, Gilberto Gil, Caetano Veloso, Chico Buarque e lvete Sangalo.

(c) SFR: segundo maior operador de telecomunicações na França. A nova SFR, criada a partir da fusão da SFR e Neuf Cegetel, é uma das maiores operadoras alternativas de telefonia fixa e móvel na Europa. Pelos últimos cinco anos consecutivos, a SFR foi eleita como a primeira colocada na qualidade de rede de telefonia celular pela ARCEP (equivalente francesa à ANATEL).

(d) Maroc Telecom Group: líder dentre os operadores de telecomunicações fixas e móveis e provedores de internet no Marrocos, e posições de liderança em Burkina Faso, Gabão, Mali e Mauritânia.

(e) Canal + Group: o maior produtor de canais *premium* e temáticos Francês e distribuidor de televisão paga, além de ser um dos principais *players* em produção e distribuição de filmes na Europa, com um catálogo de mais de 5.000 filmes. A Canal + distribui aproximadamente 300 canais de televisão e serviços diretos para mais de 10 milhões de assinantes.

Original

> (f) A Vivendi também possui uma participação de 20% na NBC Universal, um dos principais *players* de mídia, que atua na produção e distribuição de filmes e programas de televisão, promove canais de televisão e opera parques temáticos.
>
> 10.3 Capital Social: Até a presente data, o capital social da Vivendi é de € 6.758.509.356,50 (seis bilhões, setecentos e cinqüenta e oito milhões, quinhentos e nove mil, trezentos e cinqüenta e seis Euros e cinqüenta centavos), dividido em 1.228.819.883 ações com o valor nominal de € 5,50. Todas as ações podem ter a forma nominativa ou ao portador e são livremente negociáveis. As ações são negociadas na Euronext Paris (Código ISIN: FR 000012777I). Em 1° de novembro de 2009, nenhum acionista detinha mais de 5% do capital social da Vivendi.
>
> 10.4 **Fonte e Montante dos Recursos: A Vivendi espera financiar a aquisição das Ações no contexto da OPA por meio da combinação de disponibilidades e financiamentos existentes**. *(negrejou-se)*

VTB Participações S.A, portanto, era uma *sociedade de propósito específico para fins da Oferta*, com capital social de, apenas, R$ 230.715.100,00, insuficiente para a liquidação financeira das ações adquiridas que, ao final, representaram R$ 1.012.185.121,39. Como indicado pela autoridade lançadora, *os recursos empregados pela VTB PARTICIPAÇÕES na OPA, no total de mais de R$ 1 bilhão, haviam sido recém disponibilizados mediante capitalização de recursos remetidos do exterior pela francesa VIVENDI*, conforme *item 5.II da ata da AGE da VTB PARTICIPAÇÕES realizada em 28/04/2010 (fls. 729 e 730)*.

Registre-se, ainda, o texto de "Intenções da Ofertante", consignado no referido edital, e que confirma Vivendi S.A exclusivamente nesta posição, por designar a reorganização societária pretendida entre suas subsidiárias:

> 12. INTENÇÕES DA OFERTANTE
>
> I2.1 A Ofertante está formulando esta Oferta em conformidade com os itens 8.1 e 10.1 do Regulamento do Novo Mercado e com os artigos 40 e 46 do Estatuto Social da Companhia. A intenção da Ofertante é de dar seguimento à consolidação do controle majoritário da Companhia e cancelar o seu registro como companhia aberta. Na hipótese de o cancelamento de registro como companhia aberta não ser obtido após a conclusão desta Oferta, a Ofertante tem a intenção de retirar a Companhia do Novo Mercado, tendo em vista que não tem interesse em recompor o Percentual Mínimo de Ações em Circulação exigido pelo Regulamento do Novo Mercado.
>
> 12.2 Após a efetiva conclusão e liquidação da Oferta, a Ofertante pretende implementar uma reorganização societária de modo que a VTB seja incorporada pela GVT, ou vice-versa, o que também pode incluir a incorporação da Companhia pela Global Village Telecom Ltda., subsidiária integral da Companhia, de acordo com o disposto no artigo 227 da Lei das S.A. ("Reorganização Societária").

Assim, tem razão a PGFN quando conclui que a aquisição das ações em OPA foi promovida, de fato e de direito, por Vivendi S.A, por ser ela *a pessoa jurídica obrigada pelo artigo 254-A da Lei nº 6.404/1976 a propor a aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas*. Neste contexto, também estava ela obrigada ao pagamento das ações adquiridas e *VTB PARTICIPAÇÕES SA figuraria como mera liquidante da obrigação da sua controladora estrangeira*, sendo que os recursos utilizados para este fim *apenas faria gerar uma* ***dívida da VIVENDI SA perante a VTB PARTICIPAÇÕES SA***. Na verdade, como os recursos foram previamente aportados por Vivendi S.A, VTB Participações S.A, ao destiná-los para aquisição das ações de GVT (Holding) S.A em razão da OPA, não poderia tê-las registrado contabilmente como investimento de sua titularidade, mas sim como elemento patrimonial transitório, vinculado a dívida representativa de seu dever de transmitir tais ativos à Vivendi S.A, por ter promovido tais aquisições por sua conta e ordem.

Os responsáveis reconhecem que Vivendi S.A adquiriu as ações de GVT (Holding) S.A antes da OPA, embora observam que tal se deu em *cenário de incerteza envolvendo a concretização da aquisição do controle da GVT em um cenário de concorrência*

Original

acirrada, o que impôs ao Grupo Vivendi *a negociação das ações da GVT originalmente junto aos acionistas da GVT no exterior de forma direta e confidencial, o que foi feito através da Vivendi S.A*. Ocorre que na segunda etapa do processo de aquisição, no âmbito da BM&F-BOVESPA, as aquisições também foram realizadas por Vivendi S.A. E, com referência à OPA, apesar das circunstâncias expostas pela autoridade lançadora, os responsáveis afirmam que *VTB foi a efetiva ofertante na OPA* porque *liquidou a operação com recursos próprios junto aos acionistas minoritários,* dada a *prévia capitalização da companhia com R$ 1.013.015.000,00, mediante a emissão do número idêntico de ações ordinárias ao valor de R$ 1,00 cada, todas subscritas e integralizadas em dinheiro pela Vivendi S.A.* Já para enfrentar a argumentação fiscal que situa Vivendi S.A como ofertante, em razão de a legislação societária lhe impor esta obrigação, os responsáveis invocam a possibilidade de entidade jurídica controlada pelo acionista controlador representar seus interesses, e o fato de ser comum outra empresa do grupo empresarial lançar a oferta, a evidenciar *reconhecimento de que o acionista controlador, suas controladas e pessoas vinculadas a ambos representam de fato um interesse comum de realizar a oferta*.

Contudo, os termos do edital não deixam dúvida de que Vivendi S.A não se valeu destas alternativas e efetivamente figurou como ofertante, elegendo VTB Participações S.A, apenas, para liquidação financeira das operações. Ou seja, VTB Participações S.A adquiriu as ações por conta e ordem de Vivendi S.A, e não em nome próprio, como afirmam as responsáveis.

Irrelevante, assim, se *a intenção inicial do Grupo Vivendi era a aquisição direta do investimento na GVT por uma de suas empresas no Brasil via OPA voluntária, concentrando o seu investimento na GVT no país e o controle indireto da Vivendi S.A., na França*, porque esta não foi a via adotada, e VTB Participações S/A somente passou ser titular do investimento adquirido por Vivendi S.A com ágio depois da transferência promovida em dezembro/2011 e, quanto às ações registradas diretamente em seu ativo em razão das operações decorrentes da OPA, restou demonstrado que tal se deu por conta e ordem da real adquirente, Vivendi S.A.

No mais, as responsáveis destacam o fato de VTB Participações S.A ter existido de 2009 a 2013, passando a registrar vultosos dividendos pagos por GVT (Holding) S.A em 2011, mantendo recursos em caixa e sofrendo tributação decorrente dos rendimentos auferidos em aplicações financeiras, além de cumprir obrigações acessórias e incorrer *em despesas no montante total de R$ 587.000,00 em 2010 (fl. 567 do PAF), R$ 200.000,00 em 2011 e R$ 306.828,16, em 2013 conforme declarado em sua DIPJ (fl. 473 do PAF)*, também participando de deliberações da GVT (Holding) S.A e realizando Assembleias Gerais Extraordinárias da própria companhia. Estes aspectos, porém, não infirmam Vivendi S.A como adquirente dos investimentos que resultaram nas amortizações de ágio em debate e poderiam se prestar, apenas, a descaracterizar eventual fraude que, registre-se, não foi apontada no lançamento. Ainda que VTB Participações S.A tenha sido *validamente constituída*, existido *de direito e de fato e* praticado *todas as atividades ligadas à sua finalidade de sociedade holding*, não foi ela quem experimentou o sacrifício patrimonial para adquirir, com ágio, o investimento extinto na incorporação verificada entre VTB Participações S.A e GVT (Holding) S.A, à qual se seguiu a incorporação pela Contribuinte autuada.

Em tais circunstâncias, em que pese a jurisprudência citada pelas responsáveis, a maioria qualificada desta Turma vinha se manifestando contrariamente à amortização fiscal do ágio, pautando-se em premissas que foram fundamentadamente fixadas pelo Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado, inclusive citados na decisão de 1ª instância proferida nestes autos e no voto vencedor acerca da amortização de outra parcela do ágio pago na aquisição de ações da GVT (Holding) S.A. Dentre tais manifestações, destaca-se o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

> Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

Original

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

Original

apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural[21]. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

> Art. 219. Extingue-se a companhia:
>
> I - pelo encerramento da liquidação;
>
> II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

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

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com**

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

Original

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

> Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).
>
> Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).
>
> (...)
>
> Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):
>
> I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;
>
> II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;
>
> III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

Original

> I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> § 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> § 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão[22].

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997[23], que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

[23] Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2. Acesso em 15/02/2016.

Original

> Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.
>
> Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI[24] ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

> Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.
>
> O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.
>
> (...)
>
> Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.
>
> Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista[25] que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

> O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.
>
> O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

---

[24] SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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

Original

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

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

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

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

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

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

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

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

> Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):
>
> (...)
>
> Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).
>
> (...)
>
> Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).
>
> (...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada

Original

na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

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

> Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):
>
> I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e
>
> II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.
>
> § 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).
>
> § 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):
>
> I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
>
> II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
>
> III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
>
> § 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (grifei)

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

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

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

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação

Original

societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

> Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):
>
> I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;
>
> II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;
>
> III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;
>
> IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (grifei)

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

> *Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*
>
> *§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*
>
> *§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).*
>
> *§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.*

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

Original

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99[26].

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

---

[26] Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).
§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).
§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).
§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).
§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

Original

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

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei n° 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

> Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):
>
> I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.
>
> § 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).
>
> § 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):
>
> I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
>
> II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
>
> III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
>
> § 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).
>
> Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):
>
> (...)

Original

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA[27].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Original

momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

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

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

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

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal.**

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI[28], com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumar o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam ***a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra****, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação*

[28] SCHOUERI, 2012, p. 62.

Original

societária adquirida com ágio ou deságio, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

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

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

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

8. Consolidação

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

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

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

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

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

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o

Original

> encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).
>
> Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.
>
> Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.
>
> Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990. *(destaques do original)*

Transpondo estas premissas para o caso concreto, à semelhança do que se fez no voto acima transcrito, tem-se que a glosa afetada pela divergência demonstrada pela PGFN tem em conta o ágio formado nas ações adquiridas entre abril/2010 e junho/2010 em razão da OPA, escriturado diretamente no patrimônio de VTB Participações S.A, incorporada por GVT (Holding) S.A em 02/09/2013, antes da subsequente incorporação de GVT (Holding) S.A pela Contribuinte. Entendendo ter consumado a hipótese dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, a Contribuinte amortizou o ágio, para fins fiscais, entre setembro/2013 e abril/2015, sendo objeto destes autos as amortizações promovidas no ano-calendário de 2014.

Contudo, por todo o exposto, a ofertante e, por consequência, a adquirente das ações na OPA foi Vivendi S.A, atuando VTB Participações S.A apenas na liquidação financeira das aquisições, por conta e ordem de Vivendi S.A e mediante recursos financeiros por ela fornecidos. Ao assim proceder, registrando o ágio pago por Vivendi S.A diretamente em seu patrimônio, VTB Participações S.A prestou-se como veículo do ágio para a investida e, na sequência, para a Contribuinte, provocando a ocorrência de situação que se enquadraria na hipótese permissiva de amortização do ágio.

Diante de todo o escrito pelo Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, *a operação em análise não passa pela* ***primeira verificação*** *(vide item 8 do voto).*

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica ***investidora*** *e a pessoa jurídica* ***investida****.*

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa VTB Participações S.A, *denominada como "empresa-veículo"* e investida, posteriormente incorporada pela Contribuinte, *ou seja, não estava presente a* ***investidora*** **(não participou do evento de incorporação a empresa** Vivendi S.A)**.**

E, na mesma medida, ***não se consumou a confusão patrimonial*** *entre o investidor e o investimento.*

A utilização da empresa VTB Participações S.A *(denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou* a investidora (Vivendi S.A) *do evento de incorporação.*

A decisão de primeira instância constatou com precisão:

Original

9. Como visto acima, o ágio sob exame é o registrado pela empresa VTB Participações SA em virtude da diferença positiva entre o valor pago na aquisição das ações da GVT (Holding) SA e o seu valor patrimonial, em duas operações realizadas: (i) ágio na aquisição de 12,72% das ações em OPA obrigatória; e (ii) ágio na aquisição de 87,28% das ações por intermédio de operação de incorporação de ações. Segundo os impugnantes, tal ágio seria justificado no fundamento econômico de rentabilidade futura, suportada originalmente no Laudo Calyon, devidamente atestado pelo Laudo Capital Soluções elaborado por ocasião da incorporação das ações.

10. A questão central do debate desenvolvido ao longo dos autos diz respeito à regularidade da dedução, das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, das despesas de amortização do referido ágio pela Global Village Telecom SA (fiscalizada), após incorporação de sua controladora GVT (Holding) SA, consecutivamente à incorporação por esta da VTB Participações SA (que registrara contabilmente o ágio). Os impugnantes defendem que tal prática estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, bases legais dos arts. 385 e 386 do RIR/99.

[...]

35. De início é devido considerar que para a Vivendi SA alcançar o propósito alegado, qual seja de "*ingressar no setor de telecomunicações do Brasil, aqui se fixando por meio de holding própria da detentora e gestora de operação relevante, no modelo existente em todo mercado de telecomunicações*", não seria necessária a interveniência, no processo, de tantas empresas conforme feito.

36. Conforme o art. 1º do Decreto nº 2.617, de 1998, "*as concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços de telecomunicações de interesse coletivo poderão ser outorgadas ou expedidas somente a empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, em que a maioria das cotas ou ações com direito a voto pertença a pessoas naturais residentes no Brasil ou a empresa constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País*". Ou seja, sob o aspecto da regulamentação aplicável ao setor de telecomunicações, seria necessário apenas um nível de controle societário nacional acima dela.

37. No presente caso, as autorizações para a prestação de serviços de telecomunicações já estavam concedidas à fiscalizada (Global Village Telecom SA), e o controle desta pela GVT (Holding) SA atendia a condição de que as ações desta empresa pertencessem em sua maioria (no caso, quase a totalidade) a empresa constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no país.

38. Assim, toda a operação poderia ter sido realizada sem a inclusão da VTB Participações SA e da VCB Participações Ltda (após, GVT Participações). Bastaria a aquisição pela Vivendi SA das ações da GVT (Holding) SA diretamente, para atender plenamente o propósito negocial almejado e atender as condições regulatórias nacionais para este ramo de negócio.

39. Inclusive, a Vivendi SA já havia adquirido ações da GVT (Holding) SA representativas de 87,28% do seu capital social, parte em negociação privada com acionistas estrangeiros e parte no mercado bursátil brasileiro. Então qual o motivo negocial para adquirir o restante das ações (12,72% do capital social) de forma indireta, mediante integralização de capital em dinheiro na empresa VTB Participações SA, sob seu controle (99,99%), com imediata aquisição das ações por esta, em OPA obrigatória?

40. Somente se vislumbra uma explicação para tal engenharia: a compra direta não permitiria alcançar a vantagem fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio pago na aquisição do investimento. Isto porque:

40.1. A incorporação posterior da GVT (Holding) SA pela Vivendi SA não beneficiaria esta com a aplicação do regramento do art. 386 do RIR/99, por não

Original

se submeter à legislação brasileira, já que se trata de empresa francesa. Além disso, descumpriria a norma regulatória da área de telecomunicações, Decreto nº 2.617, de 1998, antes citado, pois a prestadora dos serviços não teria mais em seu quadro societário empresa com sede no país e constituída sob as leis brasileiras;

40.2. A outra opção, qual seja, a incorporação da GVT (Holding) SA pela fiscalizada não traria o ágio para esta poder amortizá-lo nos termos do art. 386 do RIR/99, já que este não teria sido registrado na GVT (Holding) SA, por ser esta a investida e não a investidora.

41. É devido ressaltar, inclusive, que a inclusão unicamente da empresa VTB Participações SA na operação não traria o benefício fiscal pretendido. Em virtude da forma como procedida a geração do ágio nesta empresa, sua incorporação pela GVT (Holding) SA e sua posterior incorporação pela fiscalizada, não seria atendida a condição do art. 1º do Decreto nº 2.617, de 1998, já que a fiscalizada, prestadora do serviço de telecomunicações, passaria a ser controlada diretamente pela Vivendi SA, empresa estrangeira.

[...]

44. Restou claro que o conjunto de operações intermediárias realizadas até a incorporação final revela o fim único de reduzir os tributos a serem pagos, vez que não se identifica finalidade negocial ou societária para a participação das empresas VTB Participações SA e VCB Participações Ltda. Então é devido considerar, já aqui, indevida a dedução das despesas de amortização de ágio como feito pela fiscalizada.

45. Não bastasse o exposto, a caracterização da ausência de necessidade da despesa gerada de forma artificial resta reforçada quando se considera o caráter de "empresa veículo" da VTB Participações SA no processo de engenharia societária. Passa-se a expor os fatos que demonstram tal natureza.

46. Trata-se de empresa criada em 02/09/2009, sob a denominação de IRAI Holdings SA, alterada para VTB Participações em 20/10/2009, com capital social irrisório de R$ 100,00; conforme pode ser visto nas atas da Assembleia Geral de Constituição e da AGE de 20/10/2009 às fls. 696 a 710; que foi capitalizada através de aumento de seu capital social aumentado e integralizado em dinheiro pela Vivendi SA para R$ 230.715.100,00, em 12/11/2009, e para R$ 1.013.015.100,00, em 28/04/2010, consoante documentos às fls. 711 a 731; ingresso este utilizado, em quase sua totalidade (restando cerca de 1 milhão de reais), na aquisição em OPA obrigatória de 12,72% das ações da GVT (Holding) SA, no período de 04/2010 a 06/2010.

46.1. A VTB Particpações SA durou até que o ágio fosse transferido à investida GVT (Holding) SA via incorporação daquela por esta, em setembro de 2013, penúltimo passo planejado pela Vivendi SA para tornar o ágio amortizável na fiscalizada.

47. Na referida operação de aquisição em OPA, é interessante registrar que, não obstante haver indicação no edital de oferta pública às fls. 1093 a 1115 de que a VTB Participações SA seria a ofertante na OPA obrigatória - "(*...) 'Vivendi' e, em conjunto com VTB, a 'Ofertante'..."* -, há outros trechos desse edital que demonstram o contrário: (i) *"(...) vem apresentar aos acionistas detentores de ações ordinárias emitidas pela GVT (Holging) S.A. (...) a presente Oferta Pública de Aquisição de Ações (...), tendo em vista a alienação de controle da Companhia, e, em decorrência de um aumento de participação da Ofertante no capital votante da Companhia e (...)*" - até este momento apenas a Vivendi SA havia adquirido participação na GVT (Holding) SA, o que leva a concluir que somente ela poderia ter aumento de participação, ou, de outra forma, até este momento a VTB Participações SA ainda não tinha nenhuma ação, não podendo aumentar uma participação não existente; e (ii) *"(...) a Vivendi apresenta oferta pública visando a aquisição de até a totalidade das Ações de emissão da GVT*

Original

(...)" - neste trecho a informação é literal. Também consta de forma expressa neste documento que a instituição financeira intermediária (Banco Itaú BBA SA) apresentou a OPA por conta e ordem da VTB Participações SA e da Vivendi SA. O fato da operação ter sido realizada por conta e ordem da Vivendi SA também está registrado na Nota Explicativa nº 1 das Demonstrações Financeiras da VTB Participações SA do AC 2011, às fls. 546 e 547. Transcreve-se abaixo trechos de interesse do edital e da referida nota explicativa.

[...]

47.1. Cabe ressaltar que, nos termos do art. 4º, §6º da Lei nº 6.404, de 1976, a VTB Participações SA não poderia ser a ofertante da OPA, vez que somente a empresa controladora poderia fazê-lo, qual seja, a Vivendi SA:

> *§ 6º O acionista controlador ou a sociedade controladora que adquirir ações da companhia aberta sob seu controle que elevem sua participação, direta ou indireta, em determinada espécie e classe de ações à porcentagem que, segundo normas gerais expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, impeça a liquidez de mercado das ações remanescentes, será obrigado a fazer oferta pública, por preço determinado nos termos do § 4º, para aquisição da totalidade das ações remanescentes no mercado. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)*

47.2. Por outro lado, os impugnantes defendem que a Instrução CVM nº 361, de 2002, que regulamenta modalidades de OPAs, não prevê em seus dispositivos a obrigatoriedade de que as ações sejam adquiridas pela controladora (no caso, Vivendi SA), podendo tal operação ser feita por uma controlada, que atua na figura de pessoa vinculada, ou seja, que atua representando o mesmo interesse do acionista controlador ou ofertante.

47.2.1. Em que pese não ser possível extrair tal interpretação do dispositivo da Lei nº 6.404, de 1976, efetivamente a partir do *caput* do art. 26 da citada instrução consta a abertura para que a oferta possa ser feita por pessoa vinculada ao controlador, entendida esta como aquela "que atue representando o mesmo interesse de outra pessoa", no caso o controlador (art. 3º, VI da instrução). A Instrução CVM nº 487, de novembro de 2010, manteve a redação do caput do art. 26, com pequena alteração, incluindo o §6º que deixa ainda mais claro a compreensão da CVM quanto ao alcance do art. 4º, §6º da Lei nº 6.404, de 1976:

> *Art. 26. A OPA por aumento de participação, conforme prevista no § 6º do art. 4º da Lei 6.404/76, deverá realizar-se sempre que o acionista controlador, pessoa a ele vinculada, e outras pessoas que atuem em conjunto com o acionista controlador ou pessoa a ele vinculada, adquiram, por outro meio que não uma OPA, ações que representem mais de 1/3 (um terço) do total das ações de cada espécie ou classe em circulação na data da entrada em vigor desta Instrução, observado o disposto no §§ 1o e 2o do art. 37.*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º Uma vez ultrapassado o limite de 1/3 (um terço) das ações em circulação previsto no caput, o controlador, pessoa a ele vinculada e outras pessoas que atuem em conjunto com o acionista controlador ou pessoa a ele vinculada só poderão realizar novas aquisições de ações por meio de OPA por aumento de participação.*

47.3. Está evidente, pois, que a oferta poderia ter sido realizada pela VTB Participações Ltda, sendo a responsável pela liquidação financeira da operação, como o foi (vide trecho do edital abaixo copiado), mas também está claro que esta oferta foi feita na condição de pessoa vinculada, ou seja, na condição de representante do interesse da Vivendi SA, por sua conta e ordem.

> *Liquidação Financeira da Oferta: A liquidação financeira da Oferta será realizada pela VTB no 3° dia útil após a Data do Leilão pelo módulo*

Original

> *bruto, com a Câmara de Compensação e Liquidação da BM&FBOVESPA atuando apenas como facilitadora da liquidação, não sendo contraparte central garantidora.*

47.4. Não obstante formalmente a oferta pública tenha sido realizada pela VTB Participações SA, e esta tenha efetuado o pagamento das ações, constando, pois, como adquirente das ações, há que se considerar que os efeitos tributários dos instrumentos da operação são inoponíveis no âmbito tributário, uma vez que o ágio deveria ter sido reconhecido pela parte que de fato suportou o ônus financeiro da operação, a Vivendi SA, que foi quem remeteu os recursos para a aquisição. A VTB Participações SA serviu tão-somente como um instrumento para a operacionialização da oferta pública, a mando e ordem da empresa estrangeira, a meu ver, a ofertante de fato. Ou seja, aproveitando-se de uma interpretação abrangente feita pela CVM, a Vivendi SA conseguiu incluir a VTB Participações SA na operação de compra de ações da GVT (Holding) SA a fim de reforçar a imagem de que sua intenção desde o início era que sua controlada fosse seu braço no Brasil na centralização do controle fiscalizada.

[...]

49. Adicionalmente, o caráter de ser a VTB Participações SA uma empresa veículo resta reforçado quando se analisa as DIPJs anexadas aos autos às fls. 462 a 536. Com base nessas declarações é possível extrair que essa empresa não exerceu qualquer atividade operacional nos anos 2012 e 2013, sendo as "receitas" declaradas decorrentes composto em quase sua integralidade (99,99%) de resultados positivos em equivalência patrimonial (não passíveis de tributação). Além disso, pelos montantes informados no Ativo Circulante da Ficha 36A, percebe-se que estes decorreram do resíduo do dinheiro repassado pela Vivendi SA quando da integralização das ações após a operação em OPA obrigatória, com atualização decorrente de aplicações financeiras. no ITAU Unibanco SA. Além disso, é possível verificar na Ficha 70 das DIPJs que a VTB Participações não possuía quadro funcional.

50. Enfim, ante o exposto, não se vislumbra qualquer propósito negocial para a criação tal empresa, nem ao menos para atender as normas regulatórias do setor de telecomunicações como visto anteriormente, restando evidente que tal empresa foi criada no âmbito do planejamento tributário realizado com o objetivo único de fazer chegar o ágio gerado em aquisições de ações da GVT (Holding) SA à fiscalizada.

50.1. Chega-se a esta conclusão não apenas a partir da visualização de uma ou mais cenas de um filme, consideradas individualmente, como consideram as impugnantes, mas exatamente ao contrário, mas sim da observação de todo o filme, seu contexto, suas etapas integrando o todo, representado pelo objetivo final a ser alcançado.

51. Pertinente, por fim, para encerrar a análise quanto à natureza de empresa veículo da empresa VTB Participações SA, destacar que os impugnantes defendem que a VTB teve *a finalidade de viabilizar a OPA e fechar o capital da GVT, funções completamente desvinculadas de qualquer economia tributária e, posteriormente, centralizar o investimento na GVT e manter o controle direto da companhia no Brasil*.

52. Tal argumentação não sobrevive quando se verifica:

52.1. A participação da VTB Participações SA na OPA obrigatória não era necessária para viabilizar tal operação, sendo o procedimento mais lógico, ante os objetivos empresariais da Vivendi SA, a aquisição direta por esta empresa francesa;

52.2. Se a finalidade dessa empresa era centralizar o investimento e manter o controle direto da fiscalizada, por que foi incorporada, deixando de existir em setembro de 2013, menos de dois anos após a incorporação das ações em poder

Original

da Vivendi SA (dezembro de 2011), quando se tornou a controladora da GVT (holding) SA e, por conseguinte, da fiscalizada.

53. Destaque-se, inclusive, que o argumento acima é incompatível com o tópico "Intenções da Ofertante" do edital da OPA obrigatória, especificamente com o item 12.2, vez que neste documento a VTB Participações SA afirma que a intenção é ser incorporada pela GVT (Holding) SA, incluída também a incorporação pela fiscalizada ao fim. Ora, a finalidade era a centralizar o investimento mantendo o controle direto, ou desaparecer?

> *12.2. Após a efetiva conclusão e liquidação da Oferta, a Ofertante pretende implementar uma reorganização societária de modo que a VTB seja incorporada pela GVT, ou vice-versa, o que também pode incluir a incorporação da Companhia pela Global Village Telecom Ltda., subsidiária integral da Companhia, de acordo com o disposto no artigo 227 da Lei das S.A. ("Reorganização Societária"). (grifo no original)*

[...]

55. Ressalte-se, contudo, que em relação à parcela do ágio decorrente da aquisição de ações da GVT (Holding) pela VTB Participações SA via OPA obrigatório, por conta da Vivendi SA, não vislumbro que o mesmo possa ser enquadrado como ágio interno, vez que a operação foi feita em bolsa de valores com partes independentes entre si.

[...]

61. A confusão patrimonial que permite a dedução da despesa de amortização deve se efetivar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária entende-se aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária.

62. No caso em análise, a real investidora foi a Vivendi SA, que contratou o laudo de avaliação utilizado em todas as operações (Laudo Calyon), que acreditou ser válido o investimento por valor acima do patrimônio líquido registrado pela investida GVT (Holding) SA, entendendo que o mesmo atenderia seu objetivo de entrar no mercado de telecomunicações do Brasil, e que efetivamente desembolsou os recursos para a aquisição, seja por intermédio de integralização de capital da VTB Participações SA para aquisição em OPA, seja por intermédio de aquisição direta junto a acionistas da GVT (Holding) SA, com posterior nacionalização do ágio via incorporação de ações pela VTB Participações SA, cuja operação foi registrada pelo mesmo valor desembolsado pela Vivendi SA.

63. Assim, como na espécie não houve confusão patrimonial entre Vivendi SA (real investidora) e a GVT Global Village Telecom SA (investida), a amortização procedida não teve amparo nos referidos dispositivos.

Ainda, uma vez demonstrada a indedutibilidade da despesa de amortização de ágio, resta prejudicada qualquer discussão sobre a comprovação da fundamentação econômica (laudo de avaliação). Se não houve comunicação entre investidor e investida, não restaram concretizados os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8·da Lei nº 9.532, de 1997. E, se não há que se falar em ágio, torna-se prescindível discutir se teria havido fundamento econômico para o sobrepreço.

Acrescente-se que, demonstrado ser Vivendi S.A a ofertante no edital da OPA, resta imprópria a argumentação das responsáveis quanto à desconsideração de atos jurídicos, pois a acusação fiscal não se pautou em *fluxos econômicos, puramente considerados pelo prisma econômico*, mas teve em conta todos os parâmetros fáticos e jurídicos das operações realizadas e assim se prestou, apenas, a aplicar, no âmbito tributário, os efeitos dos atos jurídicos efetivamente realizados, a partir dos quais resta evidente a ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida. Por óbvio, não basta

Original

avaliar *a entrega de dinheiro pelo controlador em forma de capital ou empréstimo* para identificação de quem experimentou o sacrifício patrimonial na aquisição do investimento. É essencial a análise dos demais aspectos da motivação e negociação para tal aquisição e são estas evidências, antes detalhadas, que autorizam concluir, sem qualquer dúvida, que Vivendi S.A é a real adquirente das ações transacionadas no âmbito a OPA.

Esclareça-se que, por certo, o investidor estrangeiro não está obrigado a adquirir diretamente as ações de investida nacional, mas a legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se uma das partes envolvidas não é empresa nacional, a amortização fiscal do ágio somente é possível se a empresa nacional incorporar a estrangeira. De outro modo, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita pelo grupo de não integrar adquirente e adquirida.

O investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida, de modo a viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

> Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.
>
> Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM n° 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM n° 319/99:
>
> > *A Instrução CVM n° 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § Iº), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.*
>
> Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Original

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

> *Art. 7º* ***A pessoa jurídica que absorver patrimônio*** *de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão,* ***na qual detenha participação societária adquirida com ágio*** *ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)*
>
> *I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*
>
> *II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;*
>
> *III* ***- poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração****; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*
>
> *IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*
>
> *[...]Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:*
>
> *a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;*
>
> *b)* ***a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária***. (negrejou-se)

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Original

> *Art. 23. [...]*
>
> *Parágrafo único* - ***Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição,*** *nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*
>
> *[...]*
>
> *Art 33 - O valor contábil,* ***para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido*** *(art. 20), será a* ***soma algébrica*** *dos seguintes valores:*
>
> *I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;*
>
> *II -* ***ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte,*** *excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*
>
> *IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.*
>
> *[...]*

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida[29]. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado)* (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem* (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

---

[29] SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários), São Paulo: Dialética, 2012

Original

> Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.
>
> [...]
>
> Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97. *(destaques do original)*

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN, restabelecendo-se os créditos tributários decorrentes da in*dedutibilidade do ágio registrado pela VTB PARTICIPAÇÕES SA em razão de sua atuação na OPA.*

Aqui, cabe apenas adicionar a confirmação do entendimento assim expresso pela autoridade lançadora no Termo de Verificação Fiscal às e-fls. 11825/11884:

> 78. A transferência dos recursos externos para os minoritários e a entrega das ações adquiridas na OPA para a belga, se feitas diretamente entre as partes, gerariam exatamente os mesmos efeitos que a operação com a "parada estratégica" dos recursos, exceto pelo ágio de cerca de R$ 1,5 bilhão, reconhecido em decorrência da alternativa implementada com a intermediação. A justificativa de concentração acionária das ações da AmBev na InBev Holding Brasil, no caso da OPA, é enfraquecida pelo fato de essa mesma holding ter sido incorporada (28 de julho de 2005) apenas 114 dias depois da sua capitalização (5 de abril de 2005) com os recursos que serviram ao pagamento das ações da companhia que viria a incorporá-la.
>
> 79. E, por ter sido incorporada (InBev Holding Brasil) pela sua controlada (AmBev), o conjunto de ações da AmBev pago (em dinheiro) com ágio com recursos externos foi cancelado (pela AmBev) e emitido novo conjunto de ações (pela AmBev), em igual número e valor, para o sócio belga. Assim, se a InBev SA/NV pagou R$ 1.975.900.189,20 por 1.612.915.545 de ações da AmBev na OPA, tornando-se a proprietária delas (a despeito de a InBev Holding Brasil possuí-las em nome da belga), nada se modificou – em relação àquele conjunto de ações – após a incorporação da holding brasileira. Com efeito, a belga passou a registrar em seu ativo, menos de 4 meses depois, o mesmo conjunto que detinha (por meio da InBev Holding Brasil) antes da incorporação da holding brasileira. A única diferença entre o antes e o depois foi o ágio de mais de 1,4 bilhão de reais (além de uma bonificação de 20% que os ordinaristas receberam da AmBev (v. parágrafo 103), que por óbvio seria concedida independentemente do país de domicílio do acionista).
>
> 80. É evidente que o pagamento de quase 2 bilhões de reais feito pela sociedade domiciliada no exterior, se realizado diretamente aos detentores das ações (e na suposição de que fosse reconhecido um ágio na contabilidade da belga), não traria nenhuma economia tributária para a fiscalizada. Numa hipótese mais provável, no caso de um ágio fundamentado em rentabilidade futura ser registrado na Bélgica, seu montante seria provavelmente bem inferior ao ágio registrado pela InBev Holding Brasil (em decorrência de uma mera "escala" das ações e do dinheiro utilizado para pagá-las). Afinal, a legislação contábil internacional (notadamente a europeia e a norte-americana), mesmo em 2005 (ano da OPA), já tinha consolidado o conceito de que um ágio baseado em rentabilidade futura (*goodwill*) só poderia ser registrado se um preço superior ao valor de mercado do patrimônio líquido da investida fosse pago. O ágio registrado na holding brasileira foi obtido pela diferença entre o pagamento e o PL contábil da AmBev, sem que os valores da investida fossem avaliados a mercado.
>
> 81. Assim, a um só tempo, o grupo belga não apenas internalizou um *goodwill* que deveria ter permanecido fora do Brasil (se é que ele existiu e, se existiu, não sabemos

Original

qual foi o seu montante) mas também aproveitou para deixá-lo em condições (artificiais) de reduzir as bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro da fiscalizada. Os recursos utilizados para o pagamento dos minoritários que venderam suas ações ao grupo belga poderiam perfeitamente ser transferidos da InBev SA/NV para eles. A "escala" do dinheiro e das ações resultou numa contabilização, na InBev Holding Brasil, de uma participação (que desapareceria poucos dias depois em virtude da incorporação da investidora pela investida) e um ágio cujos efeitos tributários (amortização) perduram até hoje.

82. A decisão de assim proceder teve conotação exclusivamente tributária. Fazer uma capitalização de quase 2 bilhões de reais numa empresa que, sabidamente, desapareceria pouco tempo depois é um ato que, no caso, jamais poderá ser visto como parte da atividade empresarial da InBev Holding Brasil. Em especial porque a vultosa integralização foi decidida pelo mesmo bloco de controle que deliberou pela incorporação.

83. Não pretendemos afirmar que não fosse possível que, em situações outras, uma integralização de grande monta fosse feita em empreendimento que chegasse a termo em curto lapso de tempo. No entanto, se o papel da holding brasileira era concentrar as ações da AmBev que deveriam ser repassadas aos belgas, em cumprimento ao disposto nos acordos firmados entre os dois grupos, a integralização em dinheiro feita pela InBev SA/NV na brasileira para adquirir ações que poderiam ter sido diretamente repassadas a ela, por um lado, seguida da incorporação da recém-integralizada, por outro, torna evidente que o intuito não era o de capitalizar a holding, mas o de tão somente gerar um ágio que seria aproveitado tributariamente pela Ambev.

84. A falta de justificativa (que não apenas a tributária) e de lógica para a "escala" fica ainda mais evidente quando se observa que a estruturação do pagamento em dinheiro feito ao grupo de minoritários que optaram por receber em espécie ("grupo 1") foi diferente da forma como se estruturou o pagamento em ações aos minoritários que decidiram trocar suas ações da AmBev por ações da InBev SA ("grupo 2"). O tratamento dispensado ao pagamento em dinheiro ao grupo 1 fez a "escala", assim como o fizeram também as suas ações (1.612.915.545 ON) da AmBev antes de parar nas mãos da InBev SA. Já as ações da AmBev cedidas (1.347.154.632 ON) pelo grupo 2 em troca das ações da InBev SA foram diretamente para os belgas, sem qualquer parada em virtude da alegada concentração. Esquematicamente:

[...]

85. Note-se que o fluxo de recursos/ações estabelecido entre a belga e os grupos 1 e 2 diferiu em função do meio empregado para pagar pelas ações ON que cada grupo detinha na AmBev. O grupo 1 recebeu em dinheiro; o grupo 2, em ações da InBev SA. A despeito de a contrapartida recebida pela InBev SA ter sido a mesma (ações ordinárias da AmBev, idênticas entre si, de cada grupo de minoritários), os caminhos trilhados pelos recursos e pelas ações adquiridas foram diversos.

86. As ações da AmBev pagas com ações da sociedade belga passaram diretamente às mãos da InBev SA, enquanto as pagas em dinheiro fizeram uma parada estratégica na InBev Holding Brasil antes de chegar à domiciliada na Bélgica. Igualmente incoerente foi o caminho seguido pelos recursos provenientes da Bélgica: as ações da InBev SA passaram diretamente aos minoritários que preferiram trocá-las por suas ações da AmBev; já o dinheiro empregado para pagar as ações da AmBev vendidas pelo outro grupo de minoritários fez a parada na InBev Holding Brasil, não obstante o dinheiro externo ter a mesma origem do que as ações da InBev SA dadas em pagamento. Utilizando o termo empregado pela fiscalizada, parte (a paga com dinheiro) das ações da AmBev adquiridas pelos belgas foi "concentrada" na holding brasileira; parte (a paga com ações da InBev SA) não foi "concentrada" na InBev Holding Brasil, passando diretamente às mãos da companhia belga.

87. Por que as ações da AmBev pagas em dinheiro foram "concentradas" na InBev Holding Brasil, mas o mesmo não aconteceu com as ações da AmBev trocadas por ações da InBev SA? Por que o dinheiro fez uma "escala" na InBev Holding Brasil, mas

Original

> as ações da InBev SA não fizeram qualquer parada? Por que as ações da AmBev vendidas pelo grupo 1, antes de passarem às mãos da InBev SA, pararam na InBev Holding Brasil, mas o mesmo não aconteceu com as ações da AmBev (idênticas às do grupo 1) trocadas pelo grupo 2 por ações da sociedade belga? A resposta é uma e apenas uma: ao pagar em dinheiro pelas ações da AmBev adquiridas na OPA, fez-se um tipo de operação abusivamente concebida para se reconhecer, em uma sociedade domiciliada no Brasil, um ágio de cerca de R$ 1,475 bilhão cuja despesa de amortização reduziu indevidamente as bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, o que não se pode admitir tributariamente.
>
> 88. Em vista do exposto, as despesas de amortização do ágio oriundo da OPA, aproveitadas tributariamente pela fiscalizada (e, portanto, agora pela Ambev S.A) desde 2005 (os anos-calendário de 2005 a 2010 já foram objeto de autuação, como explicado no primeiro parágrafo), devem agora ser glosadas também para os anos de 2011 a 2013, sob o argumento de que são desprovidas da necessidade requerida para admiti-las como dedutíveis no cômputo da base de cálculo do imposto de renda, conforme disposto no art. 299 (cuja base legal é o art. 47 da Lei n. 4.506, de 1964) do Regulamento do Imposto de Renda. Vale destacar que a despesa de amortização de ágio também deve ser glosada na apuração da CSLL, como dispõe o art. 13, inciso III, da Lei n. 9.249/95:
>
> [...]

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN com respeito ao ágio gerado na aquisição por meio da Oferta Pública de Ações.

Ainda, esta Conselheira também divergiu da maioria do Colegiado para negar provimento ao recurso especial da Contribuinte e manter a qualificação da penalidade, reiterando a concordância com o entendimento assim expresso pela ex-Conselheira Viviane Vidal Wagner na condução do Acórdão nº 9101-004.331:

> A divergência em pauta, assim, subsume-se à incidência ou não da multa de ofício qualificada a partir da análise das operações que deram origem ao **segundo ágio**, denominado "*integralização de capital da Inbev Holding Brasil com ações da AMBEV"*.
>
> Segundo a autoridade fiscal, a intenção do contribuinte de representar juridicamente operações de forma diversa da real, com o fim de obter dolosamente uma economia tributária ilícita, caracterizaria a fraude definida no art. 72 da Lei 4.502/1964, o que ensejou a aplicação da multa qualificada de 150% do art. 44, §1°, da Lei 9.430/1996.
>
> A qualificação da multa de ofício é regulada pelo art. 44 da Lei nº 9.430/1996:
>
> > Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
> >
> > I de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
> >
> > (...)
> >
> > § 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.
> >
> > (...)
>
> No caso sob análise, a autoridade lançadora entendeu que a conduta da contribuinte teria configurado fraude, conforme definição do art. 72 da Lei nº 4.502/1964:
>
> > Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Original

Em razão da discussão judicial sobre o aspecto material do lançamento principal, considerar-se-á neste voto o quanto decidido pelo acórdão recorrido na análise da dedutibilidade pretendida como base para a verificação da incidência ou não da multa qualificada.

Considerando-se que não restou comprovada a divergência jurisprudencial no tocante ao primeiro ágio (OPA), considerar-se-á apenas a imputação de multa qualificada sobre o segundo ágio, relativo à integralização de capital da InBev Holding Brasil (INBEV BR) pela holandesa IIBV com ações da Ambev (AMBEV).

Consoante descrito no voto recorrido, as operações referentes ao segundo ágio se deram da seguinte forma, em síntese:

> A recorrente, por sua vez, foi feliz ao resumir os fatos nos seguintes termos:
>
> "Passo 4 – 30/05/2005: Aumento do Capital da Inbev Holding Brasil pela IIBV com as ações da AmBev adquiridas.
>
> Como visto acima, e consta dos itens 94 e 100 do TVF, a IIBV possuía ações da AmBev adquiridas em dois momentos. Primeiramente, quando da incorporação de sua controlada Labatt Holding Bahamas pela AmBev, com o que a Labatt tornou-se uma subsidiária integral da Ambev. Neste momento a IIBV pagou pelas ações recebidas da AmBev um valor de R$ 14,791 bilhões (correspondente ao valor de mercado da Labatt na data-base de 24/06/2004), muito superior naquela data ao valor patrimonial correspondente às ações da AmBev adquiridas. E, em segundo lugar, quando da aquisição da Inbev S.A. das ações por ela adquiridas na OPA, as quais evidentemente também haviam sido adquiridas na OPA por valor superior ao patrimonial.
>
> Assim, e tendo em vista também o objetivo do grupo Interbrew de concentração do investimento na Ambev o máximo possível na sua holding IIBV, realizou-se um aumento de capital na Inbev Holding Brasil com subscrição apenas pela IIBV, mediante conferência de todas as ações da Ambev por ela detidas por seu custo de aquisição (item 101 do TVF).
>
> Com isso operou-se como pretendido nova diluição da participação acionária que a Ambrew indiretamente possuía na AmBev, como se percebe do quadro comparativo anexo (item 8 da impugnação).
>
> Neste momento a Inbev Holding Brasil registra um ágio de R$ 7,159 bilhões, correspondente à diferença entre o valor efetivamente pago por sua participação na Ambev (custo de aquisição = valor de mercado da Labatt e valor pago na OPA) e o valor patrimonial correspondente naquela data."
>
> No passo 5 descrito pela recorrente, a ECAP foi incorporada pela Inbev Holding Brasil, que passou a deter participação direta de 72,97% na AmBev, operação realizada para simplificar a estrutura e evitar dupla incidência de PIS e Cofins sobre receitas de juros sobre o capital próprio.
>
> No passo 6, a AmBev incorporou a sua controladora Inbev Holding Brasil, "de modo a concluir a simplificação da estrutura societária, eliminar por completo a tributação dos juros sobre o capital próprio pelas contribuições ao PIS e COFINS, e ainda viabilizar a amortização do ágio pago pela aquisição das ações da AmBev".
>
> Viu-se no relatório a referência da fiscalização a um terceiro ágio, resultante da negociação entre Interbrew e AmBev, reconhecido antes dos outros dois, em sociedade domiciliada na Dinamarca e que, a despeito de gerado fora do Brasil, teria causado reflexos via equivalência patrimonial sobre o reconhecimento do ágio originado da integralização que a IIBV fez na Inbev Holding Brasil com as ações da AmBev.

Após descrever as operações, o voto condutor do acórdão recorrido assim concluiu sobre as operações pertinentes ao segundo ágio:

Original

> O exame detalhado do conjunto das operações intermediárias realizadas até a incorporação da controladora pela controlada revela o fim único de economia tributária. Não se identifica finalidade negocial ou societária no investimento na Inbev para, em seguida, extingui-la por incorporação. Com efeito, houve o tal "passeio" das ações da Ambev, saindo da IIBV e a ela retornando, deixando como "herança" o ágio amortizado pela recorrente a partir do evento da incorporação, como percebido pela autoridade fiscal e registrado no termo de verificação fiscal.
>
> Acertou a fiscalização ao concluir que a capitalização de quase 2 (dois) bilhões de Reais em sociedade sabidamente destinada ao desaparecimento em breve tempo constitui ato estranho à atividade empresarial, especialmente porque a integralização "foi decidida pelo mesmo bloco de controle que deliberou pela incorporação."
>
> Todo o plano executado pelos dois grupos empresariais envolvidos reflete, aliás, perfeita correspondência com a interpretação adotada quanto à natureza de benefício fiscal do ágio e da finalidade da norma legal de estimular ou induzir a realização de movimentos societários para criar as condições para a sua amortização como despesa.
>
> Entretanto, tal arquitetura empresarial gera despesa não dotada do pressuposto de necessidade para dedução da base de cálculo do IRPJ.
>
> A conclusão da fiscalização quanto ao efeito do terceiro ágio sobre o reconhecimento do ágio originado da integralização que a IIBV fez na InBev Holding Brasil com as ações da Ambev tem base lógica patrimonial sustentável, como resultado de aplicação do método da equivalência patrimonial, muito embora a AmBev não houvesse reconhecido nas suas demonstrações até o momento da incorporação o ágio contabilizado pela Labatt Holding APS, conforme § 54 do TVF (fls. 9.242).
>
> Contudo, mesmo que assim não fosse, permaneceria desnecessária a despesa, segundo demonstrado acima.

Reproduz-se, a seguir, o trecho do "Termo de Verificação Fiscal" (fls. 9218-9271) que trata da "Indedutibilidade da amortização do ágio reconhecido em virtude da conferência das ações da AmBev no capital da InBev Holding Brasil":

> (xxxvi) A integralização do capital da InBev Holding Brasil, em 30 de maio de 2005, foi efetivada mediante a entrega das ações da AmBev recebidas pela IIBV em troca das ações da Labatt Holding Bahamas, sendo que naquele momento, a InBev belga controlava cerca de 81% do capital votante da AmBev, assim como controlava também por meio da suas subsidiárias integrais IIBV e Ambrew, a InBev Holding Brasil;
>
> (xxxvii) Antes da integralização, a IIBV já detinha um conjunto de ações ordinárias e preferenciais da AmBev (7,8 bilhões de ON e 11,4 bilhões de PN), recebidas em troca da Labatt, bem como 1.347.154.632 ações ordinárias recebidas de InBev SA, que as havia adquirido na OPA; ao integralizá-las (total de 20.611.517.833 ações) no capital da InBev Holding Brasil, esse conjunto de ações, antes detido pela IIBV, continuou sob controle do grupo belga (que também controlava IIBV, InBev Holding Brasil e AmBev); e transcorridos apenas 59 dias, a InBev Holding Brasil é incorporada pela AmBev, daí decorrendo que a vinculação entre aquele conjunto de ações da AmBev voltou a ser exercida diretamente pela IIBV;
>
> (xxxviii) As ações da AmBev integralizadas por IIBV no capital da InBev Holding Brasil (30 de maio de 2005) foram canceladas em virtude da incorporação (28 de julho de 2005) da controladora (InBev Holding Brasil) pela sua controlada (AmBev), ao mesmo tempo em que são reemitidas novas ações pela AmBev, em número idêntico à quantidade de ações canceladas, subscritas e integralizadas por IIBV;

Original

> (xxxix) A integralização na InBev Holding Brasil feita por IIBV (30 de maio) – a partir da qual o controle da AmBev passou a ser exercido indiretamente pela IIBV – e a seguida incorporação (28 de julho) da sociedade recém-integralizada significaram, em essência, que, no conjunto de ações da AmBev recebidas por IIBV após a incorporação da InBev Holding Brasil, incluía-se aquele primeiro conjunto utilizado para integralizar o capital dessa holding; a IIBV detinha 7,8 bilhões de ações ON e 11,4 bilhões de ações PN da AmBev antes da integralização; após a incorporação da InBev Holding Brasil, esse mesmo conjunto retornou, em curtíssimo tempo, à IIBV, e se focarmos exclusivamente nesse primeiro conjunto de ações detido pela IIBV, houve apenas um "passeio circular", ou seja, elas saíram e voltaram a sua origem, acompanhadas de outras ações da AmBev detidas anteriormente pelo grupo SB (Telles, Lemann e Sicupira);
>
> (xl) As ações da AmBev detidas por IIBV fizeram tão somente um "passeio" de 59 dias e voltaram à sua origem, sendo que o mesmíssimo resultado (tirante o ágio) seria obtido se a AmBev tivesse incorporado a InBev Holding Brasil antes da integralização da IIBV, pois se deve levar em conta que as empresas faziam parte do mesmo grupo e poderiam portanto, alocar suas ações à sua conveniência; nesse caso, a InBev Holding Brasil, em cujo ativo constavam as participações na AmBev antes detidas pelo grupo SB, teria as suas ações AmBev canceladas e novas ações poderiam ser emitidas à IIBV;
>
> (xli) As despesas de amortização do ágio oriundo da integralização realizada por IIBV no capital da InBev Holding Brasil, aproveitadas tributariamente pela fiscalizada desde 2005, são desprovidas da necessidade requerida para admiti-las como dedutíveis no cômputo da base de cálculo do imposto de renda, conforme disposto no art. 299 (cuja base legal é o art. 47 da Lei n. 4.506, de 1964) do Regulamento do Imposto de Renda, devendo também ser glosada na apuração da CSLL, conforme disposto no art. 13, inciso III, da Lei n° 9.249/95 e o art. 57 da Lei n. 8.981/95;

A autoridade fiscal, após fazer referência ao art. 44 , §1º da Lei nº 9.430/96 e art. 72 da Lei nº 4.502/64, passa a descrever as operações analisadas e as razões para a qualificação da multa:

> 131. [...]
>
> 136. O "passeio" feito pelas ações da AmBev detidas pela IIBV é **igualmente desprovido de propósito negocial e representa uma operação eivada de dolo, praticada com o intuito de reduzir ilicitamente o montante de tributos devidos**. As ações da AmBev já estavam em mãos da holandesa, por isso carece de lógica concentrá-las no Brasil para, ato contínuo, voltarem às suas mãos (ou às mãos de qualquer outra empresa sob controle comum). Produzir documentos que tentem legitimar um mero "passeio" de ações da AmBev, **camuflados entre outros tantos atos societários, configura a vontade dolosa de causar prejuízo** (a toda sociedade brasileira, com exceção dos sócios beneficiados) pela "herança" (um intangível de mais de R$ 7,1 bilhões) deixada na forma de ágio a ser amortizado tributariamente.
>
> 137. Tanto a "escala" quanto o "passeio" foram arquitetados para aproveitar o benefício fiscal introduzido pela Lei n. 9.532/97, cujo art. 7° é a base legal do art. 386 do Regulamento de Imposto de Renda. **O reconhecimento (forçado) dos ágios foi feito em sociedade que se sabia seria incorporada pouco tempo após as duas operações.** Uma vez que os ágios (fundamentados em rentabilidade futura) foram calculados pela suposta obediência ao disposto no art. 385 (art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77) do RIR, investimento da InBev Holding Brasil na AmBev foi desdobrado em equivalência e ágio. Como a holding brasileira veio a ser incorporada (como planejado) pela sua controlada, **criou-se a condição para que os ágios recente e artificialmente reconhecidos** na OPA e **na integralização passassem a ser amortizados tributariamentente**.

Original

> 138. É patente que, se a legislação tributária brasileira não admitisse a amortização do ágio, as ações da AmBev adquiridas em dinheiro na OPA teriam ido diretamente para o grupo belga, **da mesma forma que os recursos recebidos pelos acionistas seriam diretamente pagos pela InBev SA.** O "passeio" das ações da AmBev detidas pela IIBV também não ocorreria, afinal **não haveria qualquer sentido em integralizá-las em sociedade brasileira que seria incorporada poucos dias depois, além do que as mesmas ações, feita a incorporação - a endossar a falta de lógica - retornaram à IIBV.**
>
> [...]
>
> 143. **O mesmo descasamento entre formalização e a verdadeira intenção ocorreu no caso da integralização realizada pela IIBV na holding brasileira**. A conferência no capital foi feita mediante ações da AmBev detidas pela IIBV, que recebera parte delas no ato da incorporação da Labatt Holding Bahamas, enquanto outra parte fora recebida da InBev SA, que adquirira na OPA ações ON diretamente dos acionistas que optaram por receber como pagamento ações da belga. Note-se: todo esse conjunto já estava de posse da IIBV, que nesse momento já era uma subsidiária da InBev SA. A integralização feita com esse conjunto na InBev Holding Brasil, que concentrava ações da AmBev antes detidas por ex-controladores brasileiros e que deveriam passar às mãos dos belgas, **retornou, apenas 59 dias após a integralização (quando da incorporação da holding brasileira pela sua controlada AmBev), às mãos de quem acabara de integralizar aquele conjunto de ações**. Ou seja, "concentrou-se" algo que já estava concentrado em suas mãos, exatamente porque, não obstante a total falta de lógica disso, poder-se-ia auferir uma monumental economia tributária.
>
> 144. Desse rápido **"passeio circular" das ações da AmBev detidas pelos belgas, ficou como "prêmio"** no Brasil um ágio de mais de R$ 7,1 bilhões, recebido pela fiscalizada e indevidamente pago pelo restante dos cidadãos brasileiros. Analogamente à documentação que serviu de suporte às operações relacionadas à OPA, a formalização representativa da integralização pretendeu retratar juridicamente uma realidade que de fato se mostrou outra. A circularização das ações demonstra que as várias operações engenhadas tiveram a finalidade de criar artificiosamente um intangível cuja amortização reduziria as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.
>
> 145. **Operações como as aqui discutidas, encadeadas em etapas para dar um tipo de retrato jurídico, mas que, analisadas como um todo, revelam a intenção de fraudar o fisco**, prejudicam a livre concorrência, ocultam a real capacidade contributiva individual do contribuinte e distorcem a neutralidade tributária. Se é aceitável que a neutralidade tributária seja invocada nos casos em que governos provocam intervenções que causem prejuízos à competição de mercado (salvo em situações necessárias para corrigir eventuais distorções), também ela deve prevalecer quando particulares utilizam práticas tributárias abusivas. Se os governos devem abster-se de provocar desequilíbrios concorrenciais no primeiro caso, devem prontamente atuar no caso em que a concorrência é distorcida pelo uso indevido de tributos em favor de contribuintes que pratiquem **planejamentos tributários abusivos**.
>
> 146. A demonstração da **clara intenção de representar juridicamente operações de forma diversa do que na realidade representavam, com o fim de obter dolosamente uma economia tributária ilícita,** enseja a aplicação da multa qualificada estabelecida pelo art. 44, §1°, da Lei n. 9.430/96. (grifou-se)

Como se vê, a acusação fiscal apontou uma engendrada reorganização societária onde se notava o descasamento entre a vontade declarada nos operações e a vontade real (pela *"clara intenção de representar juridicamente operações de forma diversa do que na realidade representavam*") e de onde se inferia o intuito doloso de praticar o ilícito tributário.

Original

Em síntese, dos autos se extrai a seguinte sequência de fatos relevantes:

(i) as ações da AMBEV (até então na IIBV) são vertidas para a INBEV BR, que é incorporada pela investida: *em 30/05/2005, as ações da AMBEV, que estavam em poder da IIBV, foram transferidas para a holding brasileira, em razão do aumento de seu capital;*

(ii) a AMBEV cancela as ações detidas pela incorporada e emite a mesma quantidade de ações em nome da IIBV: *em 28/07/2005, ocorreu a incorporação patrimonial da INBEV BR pela AMBEV, constando do respectivo Protocolo e Justificação de Incorporação, a informação do cancelamento das ações desta que estavam em poder daquela, ao mesmo tempo em que a AMBEV emite, em igual número, novas ações à IIBV, controladora da INBEV agora extinta.*

Depois da incorporação reversa da INBEV BR pela AMBEV, em 28/07/2005, o ágio passou a ser amortizado pelo contribuinte, o que foi objeto de glosa.

Ou seja, nas operações que culminaram com a formação desse segundo ágio (em que a empresa investida deduziu o ágio de si mesma), as ações da AMBEV tiveram como ponto de partida a IIBV e, de chegada, um retorno àquela mesma situação, com a diferença que, neste segundo momento, o ágio seria passível de dedução em razão da realização de um ato de incorporação de sociedade ocorrido no meio.

Analisando-se o filme, verifica-se que a empresa INBEV BR foi utilizada como verdadeira "empresa veículo", ou seja, ela foi utilizada como mero instrumento para gerar o ágio que seria indevidamente amortizado.

O controle acionário da AMBEV na IIBV poderia ter sido obtido de forma direta, bastando que a AMBEV incorporasse diretamente a INBEV BR, sendo conferidas à IIBV as ações incorporadas. Mas, formalmente, o que ocorreu foi o investimento da IIBV na INBEV BR com as ações da AMBEV e posterior extinção da INBEV BR.

No caso da integralização do capital da INBEV BR pela IIBV, verifica-se que ocorreram operações estruturadas em sequência, definidas pelo Professor Marco Greco como "*aquelas seqüências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subseqüente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso".*

É de se observar que as companhias envolvidas encontravam-se sob controle comum e dessas operações que culminaram com a formação do segundo ágio, as ações da AMBEV partiram da IIBV voltaram para a IIBV, com a diferença da ocorrência de uma incorporação societária realizada no interregno que acabou por possibilitar a dedução do ágio.

Nessa reorganização societária, verificou-se a capitalização da INBEV BR em 30 de maio de 2005 e, logo após um curto lapso de tempo (59 dias), esta capitalização restou fulminada pela incorporação pela AMBEV. Ou seja, como apontou a acusação fiscal, houve um "passeio circular" das ações, o que demonstra que a finalidade precípua não era capitalizar a INBEV BR, em razão de sua sumária extinção, com finalidade precípua de obter benefícios financeiros praticamente restritos à amortização fiscal do ágio, consoante se extrai do Protocolo e Justificação da incorporação da InBev Holding Brasil (parágrafo 108 do TVF). Nesse caso, a geração de ágio entre empresas inter-relacionadas reforça a gravidade da conduta.

Assim, compreende-se que esse conjunto de atos foi produzido com o único objetivo de gerar o ágio intragrupo, de forma artificial e sem fundamento econômico ou propósito negocial, em relação ao ágio de R$ 7.159.056.473,94, reconhecido em razão da integralização do capital da INBEV BR, efetuada pela IIBV, em 30/05/2005, mediante conferência de ações da AMBEV. Como bem apontado pela autoridade fiscal (parágrafo 106 do TVF):

> Essa operação ("passeio") foi formalizada com o intuito exclusivamente tributário: a criação de um ágio cuja despesa de amortização geraria uma economia tributária de mais de R$ 2,4 bilhões (34% do valor do ágio - 25% a

Original

título de IRPJ, 9% de CSLL) foi o cerne da operação, haja vista a falta de racional que o "passeio" das ações da IIBV flagrantemente evidencia.

Ademais, pode-se inferir de todo exposto que, o fato de as operações societárias serem formalmente válidas não afasta delas a característica de simulação e o evidente intuito fraudulento. A abusividade do planejamento tributário decorre da percepção da ocorrência de:

a) uma vontade declarada, que seria a aquisição pelo valor de mercado das ações da AMBEV pela INBEV BR, seguida da incorporação da INBEV BR pela AMBEV; e

b) uma vontade real, que seria a criação de um investimento artificial a fim de gerar um ágio que seria utilizado pela AMBEV para reduzir a tributação a ser paga após a incorporação da INBEV BR.

Assim, no presente caso, a multa de 150% deve ser mantida, uma vez que as operações foram realizadas sem fundamentação econômica e propósito negocial, de modo fraudulento, com o único objetivo de gerar um benefício fiscal indevido, que foi alcançado por meio de um ágio criado artificialmente via operações societárias desnecessárias, se enquadrando a hipótese fática na situação elencada no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

Cabe referir que as mesmas operações, desta feita referentes aos anos-calendário 2011, 2012 e 2013, nos autos do processo nº 16561.720063/2016-36, foram analisadas pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, através do acórdão nº 1302-002.793, que, pelo voto de qualidade, **deu provimento parcial ao recurso de ofício, para restabelecer a multa qualificada quanto ao segundo ágio** (glosa do ágio relativo a contribuição pela IIBV na INBEV Holding), ficando prejudicada a análise do recurso de ofício quanto ao primeiro ágio (OPA), em face do provimento do recurso voluntário neste ponto. Confira-se a ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O instituto da decadência tributária diz respeito à ocorrência do fato gerador e sua posterior constituição por lançamento. Não havendo lançamento não há que se falar em decadência.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

Age de forma fraudulenta a empresa que, dolosamente, mascara a realidade, possibilitando a alteração das características essenciais do fato gerador, buscando a viabilização da dedução fiscal de um ágio cuja amortização não encontra respaldo legal.

ÁGIO DECORRENTE DA "OPERAÇÃO OPA". GLOSA DE DESPESA DE ÁGIO. REQUISITOS DE REGISTRO E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. DEDUTIBILIDADE

O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Atendidas as disposições contidas nos arts. 385 e 386 do RIR/99; além dos requisitos de ordem formal, como o arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, verifica-se a possibilidade de registro e amortização do ágio.

ÁGIO INTERNO.

Não tem eficácia tributária o ágio criado dentro de um grupo econômico, sem movimentação financeira, decorrente de conferência de ações de empresa estrangeira, pertencente ao grupo, a empresa nacional, sem motivação

Original

Ao analisar a qualificação da multa, o voto condutor vencedor nessa parte, de relatoria do Conselheiro Carlos Cesar Candal Moreira Filho, após citar trecho do acórdão ora recorrido, dele diverge parcialmente, nos seguintes termos:

> **Voto condutor**
>
> .....
>
> Entendo que temos duas situações bem distintas.
>
> O ágio decorrente da OPA possui características que o colocam na área de dúvida, uma vez que houve o pagamento, em dinheiro, pagamento este inclusive compulsório, e o valor pré-estabelecido, o que é suficiente à incidência do artigo 112 do CTN.
>
> Assim, torna-se aceitável que a Recorrente tenha tido apenas uma interpretação diferente da norma jurídica, deduzindo que seria legítimo e aceitável que interpusesse, entre a real investidora, a ofertante registrada na CVM como tal, e o acionista minoritário, a Holding brasileira, sua subsidiária integral, que, assim registraria o ágio e, posteriormente, o aproveitaria com a incorporação reversa, como previsto na lei.
>
> Não vejo que com esta atitude a Empresa tenha atuado com ardil, visando à diminuição dos tributos de forma fraudulenta, ocultando ou mesmo iludindo com falsa verdade.
>
> **Contudo, no que se refere à conferência de ações vejo uma atuação, totalmente diferente. Primeiro que é uma operação totalmente desnecessária e executada com o único intuito de provocar uma economia absurda de tributos, de forma ardilosa. Embora as operações sejam formalmente corretas, seu conjunto demonstra que em apenas 57 dias a situação retornou à origem: (i) as ações (até então na IIBV) são vertidas para a holding brasileira, que é incorporada pela investida; (ii) a AMBEV cancela as ações detidas pela incorporada e emite a mesma quantidade de ações em nome da IIBV.**
>
> Resumindo, em 57 dias, o "passeio" das ações pela Imbev Brasil resultaram, apenas, na criação deste ágio significativo de mais de 7 bilhões de reais.
>
> Cabe aqui o questionamento: basta estarem as operações formalmente corretas para que seja afastada a multa qualificada? Entendo que não.
>
> Ainda que as operações se apresentem formalmente corretas, mas o resultado seja, apenas, a criação de condições para que o ágio criado seja amortizável fiscalmente, ou que isto seja "viabilizado" nas palavras da Recorrente, tenho claro que estamos diante de **uma atitude de mascaramento da realidade, de subversão dos fatos realmente ocorridos,** para impor prejuízo Fisco com a indevida redução dos tributos incidentes.
>
> **A bandeira da realidade só pode ser desfraldada com uma minuciosa ação da fiscalização federal, haja vista a complexidade das operações.**
>
> Independentemente da natureza das ações vistas como um todo: se fraude à lei, motivo de nulidade; ou se abuso de direito, motivo de ilicitude, fato é que a realidade só aparece a partir dessa acurada auditoria: a operação que "viabilizou" o que não tinha que ser viabilizado, pois que nasceu indedutível, foi **desprovida de qualquer propósito negocial e foi intencionalmente empreendida dentro do grupo econômico** para impor à União um ônus de aproximadamente 2 bilhões de reais. Não tenho dúvidas quanto ao dolo, enquanto vontade de agir para a obtenção do resultado; não tenho dúvidas, também, de que quando agiu a Recorrente atuou para mascarar a realidade, possibilitando a alteração das características essenciais do fato gerador, por meio da dedução fiscal de um ágio cuja amortização não encontra respaldo legal, mesmo por se tratar de despesa desnecessária à obtenção de seu objetivo social.

Original

Dou provimento parcial ao Recurso de Ofício para restabelecer a multa qualificada quanto ao ágio relativo à contribuição de ações pela IIBV na Imbev Holding Brasil. (grifou-se)

Por fim, cabe referir que esta 1ª Turma da CSRF já decidiu, em casos semelhantes, pela manutenção da qualificação da multa de ofício, como, por exemplo, no Acórdão nº 9101-002300, de 7/04/2016, de relatoria do conselheiro Rafael Vidal de Araújo, cujo trecho se transcreve com o fito de demonstrar a similitude com o caso aqui analisado:

> Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ
>
> Ano-calendário: 2007, 2008, 2009
>
> ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE. O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem qualquer lógica negocial, sem alteração do controle das sociedades envolvidas e sem qualquer desembolso constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida. MULTA ISOLADA. FALTA DE ESTIMATIVA DAS ESTIMATIVAS MENSAIS DO IRPJ E DA CSLL. CABIMENTO. A partir do advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício cominada pela falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário. Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2007, 2008, 2009 MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO. A constatação de evidente intuito de fraudar o Fisco, pela intencional prática de atos simulados, enseja a qualificação da multa de ofício. TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL - A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Voto condutor

> "Constata-se que **o resultado das citadas reestruturações societárias foi inócuo sob qualquer ponto de vista, exceto o tributário**, ou seja, o único intuito foi a economia fiscal. O que houve na Barigüi Veículos Ltda foi a contabilização do "ágio de si mesma".
>
> (...)
>
> Temos que reconhecer que a legislação permite a amortização do ágio. Contudo, evidentemente, a legislação se refere a ágio constituído com substância econômica, em decorrência de transações efetivas entre partes negociantes autônomas e não relacionadas, o que não foi o caso da Barigüi Veículos Ltda.
>
> (...)

Original

> **O que se observa é uma sucessão de negócios com empresas do mesmo grupo que originou ágio, criado artificialmente por intermédio da constituição de sociedades que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação**. Nas várias operações já referidas, não houve uma aquisição de participação acionária ou integralização de capital com recursos monetários despendidos com este fim e com a interveniência de agentes econômicos independentes ou não relacionados.
>
> (...)
>
> Enfim, **toda manobra/reorganização societária visou dar aparência de regularidade na formação do valor de ágio sobre investimento de R$ 57.043.000,00, em curto espaço de tempo**, para implementação da fase seguinte, que consistia em redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL de forma parcelada ao longo de cinco anos, a partir de 31/12/2004.
>
> (...)
>
> Fica sujeito a aplicação de multa qualificada de 150%, (...) acrescida aos valores de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Reflexo apurados em decorrência dos valores apropriados indevidamente a título de despesas com amortização de ágio, discriminados no quadro constante do subitem 4.1 do presente Termo, considerando:
>
> a) **Que a Marumbi Investimentos e Participações Ltda serviu de "veículo"** para permitir a geração artificial de uma mais-alia e sua transferência para empresas do grupo econômico Barigui, dentre elas a fiscalizada, conclusão corroborada pela efêmera duração da (sic) daquela.
>
> Conclui-se que a contribuinte tinha ciência de que Marumbi somente cumpriu o papel de receber e devolver o ágio da própria;
>
> b) Que **a empresa fiscalizada agiu de maneira dolosa para criar condições artificiais para possibilitar a amortização indevida de ágio gerado internamente**, em transações que não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes. Conforme já relatado no presente Termo, o ágio interno não foi aceito pela Contabilidade, pela CVM ou pelas regras tributárias;
>
> c) Que no caso, apesar de os atos societários estarem devidamente registrados na Junta Comercial do Paraná e na escrituração comercial e fiscal da contribuinte e da controladora por ela incorporada, **a contribuinte estava perfeitamente ciente da falta de propósito negocial do ágio gerado internamente, por meio de um investimento nulo realizado intragrupo**.
>
> Dessa forma, foram criadas condições artificiais para possibilitar a dedução indevida de despesas com amortização de ágio interno e, em consequência**, impedindo ou retardando, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador dos tributos devidos administrados pela RFB, situação enquadrada na hipótese prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964**." (Grifou-se)
>
> [...]

Concluiu o voto condutor do acórdão referido pela incidência da multa de ofício em sua versão qualificada, nos seguintes termos:

> Filio-me, portanto, ao entendimento exposto pelo Julgador da DRJ, que, em seu voto condutor do acórdão que julgou a impugnação da contribuinte, discorreu:
>
> "É inegável que, caso não houvesse criado artificialmente esse ágio desprovido de qualquer fundamento econômico, a impugnante teria recolhido tributos em montantes muito superiores ao que recolheu. Logo, quando contratou consultoria especializada e **praticou todos esses atos de reorganização – absolutamente desnecessários e sem qualquer propósito efetivo – para, ao final, permanecer**

Original

> **tudo do jeito que estava anteriormente, sendo o ágio a única alteração, é evidente que seu objetivo sempre foi aliviar ilicitamente a carga tributária**. **E se o propósito exclusivo foi obter esse ganho ilícito, o dolo é evidente**, ainda que sem utilização dos artifícios grosseiros apontados pela impugnante às fls. 1.078: adulteração de comprovantes, adulteração de notas fiscais, conta bancária em nome fictício, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, etc." (Grifou-se)

Em razão da similitude dos casos, cabe aplicar o mesmo racional daquela decisão neste caso.

Conclusão

Por todos estes fundamentos, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso especial da PGFN e, na parte conhecida, dar-lhe provimento. *(destaques do original)*

No voto vencedor redigido em referido paradigma, esta Conselheira ainda adicionou que:

> No mérito, acompanho a Conselheira Relatora por não vislumbrar justificativa para a amortização fiscal do ágio em debate.
>
> Ao contrário do que argumenta a Contribuinte em contrarrazões, não se trata aqui de avaliar se houve simulação, mas sim confrontar a acusação fiscal de fraude com as justificativas da Contribuinte para concluir se cabe, ou não, a qualificação da penalidade. E, ao assim proceder, a PGFN assevera que a conduta do sujeito passivo caracteriza simulação, o que não representa tentativa de manutenção do gravame por fundamento diverso do adotado pela Fiscalização, mormente tendo em conta tudo o antes exposto, no sentido da artificialidade das operações questionadas. Importa, assim, definir se esta artificialidade evidencia fraude e autoriza a qualificação da penalidade, sendo irrelevante este passo intermediário de classificar a artificialidade como simulação.
>
> Para justificar a operação como realizada, a Contribuinte argumentou ao longo do contencioso, e reiterou em contrarrazões que: i) *a IIBV não voltou a ter as mesmas ações que antes possuía, mas na realidade aumentou sua participação conforme pretendido*; ii) a Bélgica, onde situada a Interbrew S/A limita a isenção de dividendos a 95%, enquanto na Holanda, onde situada a IIBV - Interbrew International B.V., os isenta integralmente; iii) os controladores da Ambev não aceitariam trocar suas ações apenas por ações da IIBV para concentrar nesta os investimentos, tornando necessária a troca das ações dos controladores da AmBev por ações da Ambrew; iv) para concentração máxima dos investimentos na AmBev na IIBV, de modo que destinasse seus dividendos aos demais investimentos detidos, seria necessária a diluição da participação acionária da Ambrew; e v) para evitar duplicidade de incidência de PIS e COFINS sobre juros sobre capital própria pagos aos acionistas minoritários da ECAP, objetivava-se incorporar esta e talvez adquirir a participação dos minoritários. Ao final, a concentração do investimento na IIBV e diluição na Ambrew teria resultado no aumento da participação indireta total da Inbev S.A. na AmBev (Ambrew + IIBV) de 55,31% para 55,43%, equivalente a R$ 315.000.000,00 do capital total da AmBev, e, segundo laudo apresentado, *no período de 01/09/2005 a 30/07/2013 o grupo Inbev (IIBV + Ambrew) recebeu R$ 36 milhões de reais a mais de dividendos, mas a IIBV isoladamente considerada recebeu R$ 2.652.000.000,00* a mais de dividendos do que receberia se as operações não houvessem sido realizadas. Além disso, *os acionistas minoritários da ECAP, que anteriormente possuíam apenas participação indireta em ações ordinárias da Ambev, passaram a ter participação direta em ações ordinárias e preferenciais daquela companhia*.
>
> Porém, durante o procedimento fiscal a autoridade lançadora buscou as justificativas de tais operações nas Notas Explicativas às demonstrações financeiras da AmBev e assim constatou:

Original

105. As ações da AmBev detidas por IIBV fizeram tão somente um "passeio" de 59 dias e voltaram à sua origem. O mesmíssimo resultado (tirante o ágio) seria obtido se a AmBev tivesse incorporado a InBev Holding Brasil antes da integralização da IIBV, pois se deve levar em conta que as empresas faziam parte do mesmo grupo e poderiam portanto, alocar suas ações à sua conveniência (basta relembrar que as ações da AmBev adquiridas diretamente pela InBev SA quando da OPA foram transferidas para a IIBV, que as integralizou na holding brasileira, como explicado no parágrafo 100). Nesse caso, a InBev Holding Brasil, em cujo ativo constavam as participações na AmBev antes detidas pelo grupo SB, teria as suas ações AmBev canceladas e novas ações poderiam ser emitidas à IIBV. A bonificação poderia ter sido igualmente feita, bastando que apenas as novas ações bonificadas fossem emitidas em favor da IIBV.

106. E por que assim não foi feito? A resposta a essa pergunta é a mesma que a resposta às perguntas formuladas no parágrafo 97: exatamente porque, se as ações da AmBev não tivessem "passeado" pelo Brasil, o que estaria reconhecido na estrangeira seria um *goodwill* que, se existente (conforme discutido no parágrafo 80), além de provavelmente bem menor, não seria aqui amortizado tributariamente. Essa operação ("passeio") foi formalizada com o intuito exclusivamente tributário: a criação de um ágio cuja despesa de amortização geraria uma economia tributária de mais de R$ 2,4 bilhões (34% do valor do ágio - 25% a título de IRPJ, 9% de CSLL) foi o cerne da operação, haja vista a falta de racional que o "passeio" das ações da IIBV flagrantemente evidencia.

107. As notas explicativas às demonstrações financeiras da AmBev para os exercícios findos em 31 de dezembro de 2006 e 2005 assim informam no seu item (l,b,iii):

Em 28 de julho de 2005, em Assembléia Geral Extraordinária, os acionistas da Companhia aprovaram operação de incorporação de sua controladora InBev Brasil, com o objetivo de simplificar a estrutura societária da qual fazem parte a InBev Brasil, a AmBev e suas controladas, propiciando benefícios financeiros para a AmBev, e conseqüentemente, para seus acionistas e para os acionistas da InBev Brasil. Os principais aspectos relacionados à incorporação foram:

a) O ágio originalmente registrado pela InBev Brasil e atribuído à expectativa de resultados futuros da AmBev, no montante total de R$ 8.510,1, passa a ser, após a Incorporação, fiscalmente amortizado em até dez anos pela AmBev, nos termos da legislação tributária vigente e sem impacto no seu fluxo de dividendos.

b) A InBev Brasil, em atendimento à Instrução CVM n° 349, constituiu provisão, anteriormente à sua incorporação pela AmBev, no montante de R$ 5.616,7, correspondente à diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, de forma que a AmBev incorporou somente o ativo correspondente ao benefício fiscal decorrente do fato da amortização do ágio a ser dedutível para fins fiscais. A referida provisão vem sendo revertida na mesma proporção em que o ágio é amortizado pela AmBev, não afetando, portanto, o resultado de suas operações.

c) A reserva especial de ágio que foi constituída na AmBev, como resultado dessa incorporação, será, ao término de cada exercício fiscal e na medida em que o benefício fiscal a ser auferido pela AmBev, em decorrência da amortização do ágio, representar uma efetiva diminuição dos tributos por ela pagos, objeto de capitalização na AmBev, em proveito da InBev NV/AS, acionistas da InBev Brasil, sem prejuízo do direito de preferência assegurado aos demais acionistas da AmBev na subscrição do aumento d'capital resultante de tal capitalização. Entretanto, os acionistas da InBev Brasil obrigam-se a capitalizar apenas 70% (setenta por cento) do valor da reserva especial de ágio que lhe couber ao término de cada exercício fiscal. O saldo não capitalizado da reserva será,quando possível e observado o interesse da AmBev, utilizado para distribuição aos seus acionistas, a título de dividendos ou juros sobre o capital próprio.

Original

> 108. No tocante à incorporação, os "principais aspectos" discutidos na AGE citada no trecho transcrito no parágrafo anterior limitam-se exclusivamente ao ágio. Os "Motivos da Operação" constantes do Protocolo e Justificação anexo à ata da referida AGE mencionam que:

1.1. A Incorporação está inserida em um processo de simplificação da estrutura societária da qual fazem parte a InBev Brasil, a AmBev e suas controladas, que já resultou na incorporação, pela AmBev e pela Inbev Brasil, de outras sociedades.

1.2.A Incorporação resultará em benefícios financeiros para a AmBev, econseqüentemente, para seus acionistas e para os acionistas da InBev Brasil, conforme adiante demonstrado.

1.3. A AmBev continuará a ser uma sociedade dedicada à produção e ao comércio de cervejas, concentrados, refrigerantes e demais bebidas.

> Os únicos "benefícios financeiros" citados no Protocolo e Justificação estão expressos no seu item 3, que menciona apenas o aproveitamento do ágio. Não há qualquer referência a outros benefícios financeiros trazidos pela incorporação.

Intimou a Contribuinte a esclarecê-las, e expôs nos seguintes termos a resposta e as constatações dela decorrentes:

> 112. Como se viu, o Protocolo e Justificação da incorporação da InBev Holding Brasil restringiu os benefícios financeiros da operação à amortização fiscal do ágio. A despeito da importância com que se revestem o protocolo e a justificação, intimamos(Termo de Intimação n. 15, doc. 91) a fiscalizada a informar a quais benefícios financeiros se referia o mencionado Protocolo e Justificação. A resposta elencou os seguintes benefícios (doc. 95):

(i) Redução do Custo de Auditoria e Publicações, dado que a InBev Holding Brasil não necessitou mais ser auditada;

(ii)Redução do Custo de Publicação, dado que o Balanço Anual da InBev Holding Brasil não necessitou mais ser publicado;

(iii)Benefício decorrente da Amortização do Ágio na aquisição do investimento na Ambev;

(iv)Eliminação do PIS e COFINS incidente sobre a Receita de Juros sobre Capital Próprio recebidos da investida;

(v)Redução de outros custos administrativos, especialmente serviços de terceiros, licenças e taxas, que são necessárias para se manter uma companhia operando.

Por outro lado, outro benefício relevante de uma simplificação da estrutura societária é intangível e está relacionado ao maior foco no negócio que os executivos passam a ter quando operam dentro de uma estrutura societárias menos complexa.

> 113. Se ainda pairava alguma dúvida quanto ao real objetivo da integralização feita por IIBV no capital da InBev Holding Brasil, que logo em seguida foi incorporada pela AmBev, a resposta acima tratou de dissipá-la. Todas as alegadas reduções de custo são irrisórias quando comparadas ao benefício fiscal a ser obtido com a amortização do ágio. O cálculo do quanto se economizaria com a amortização de um ágio de mais de R$ 7,1 bilhões é simples: basta multiplicar a alíquota conjunta do IRPJ e da CSLL (34%) pelo valor do ágio, o que resultaria num abatimento fiscal de cerca R$ 2,4 bilhões!
>
> 114. A carência de substrato econômico na integralização realizada por IIBV é patente quando se revelam os efeitos almejados pela incorporação (feita poucos dias após) da InBev Holding Brasil pela AmBev: as duas operações foram conjuntamente planejadas com a finalidade de obtenção de uma estupenda economia tributária, sem que as outras motivações alegadas, pela sua insignificância relativa, possam ser consideradas minimamente razoáveis para

Original

> fins de dedução da amortização do ágio originado pela conferência da IIBV no capital da InBev Holding Brasil
>
> 115. O "passeio" das ações da AmBev que saíram e voltaram para a IIBV, deixando como "herança" no caminho um ágio de mais de R$ 7 bilhões, possui, contrariamente ao que afirmou fiscalizada, dependência do ágio externo (mais de R$ 16 bilhões) reconhecido na dinamarquesa Labatt ApS e originado por uma avaliação "econômica" da Labatt canadense. Esse ágio foi consensualmente acordado entre os dois grupos (parágrafo 53), apesar da estranheza de se aceitar um ágio dessa magnitude por uma companhia cujo patrimônio líquido estava negativo há anos. No entanto, foi o que ocorreu: a AmBev aceitou "pagar" pela Labatt canadense tal e tamanho ágio.
>
> 116. É mais factível imaginar que a AmBev valia mais que a Labatt Canadá, afinal a então brasileira companhia de bebidas era tremendamente lucrativa, sendo uma das maiores do setor no mundo. Também, como noticiado à época, é defensável imaginar que, em virtude da grande vantagem obtida pelos ex-controladores da AmBev (que passaram a controlar igualitariamente a Interbrew, apesar de participarem em apenas 44% do capital votante da belga), a aquisição da Labatt pela AmBev tenha sido compulsoriamente "aceita" pelos demais acionistas da brasileira (lembrar que o Acordo de Contribuição e Subscrição só passaria a valer depois de cumprido o Acordo Incorporação). A Labatt foi uma espécie de compensação paga aos acionistas da Interbrew, "concedida" pelos três ex-controladores brasileiros à custa dos demais acionistas da AmBev, pelo prêmio por eles recebido.
>
> 117. O vultoso ágio externo (pactuado entre os dois grupos) que se refletiu no ágio reconhecido na integralização pela IIBV no capital da InBev Holding Brasil (cuja economia tributária ultrapassaria os R$ 2,4 bilhões) beneficiaria, sem afetar o seu fluxo de dividendos, todos os acionistas, inclusive os ex-controladores. Em matéria parcialmente reproduzida aqui (parágrafo 5), o diretor financeiro e de relações com investidores da AmBev disse, para tranquilizar os investidores, que "o *preço pago era razoável e de que existiam US$ 2,5 bilhões em vantagens operacionais e financeiras a serem apropriadas pela Ambev com a compra da canadense"*. O que não se pode admitir é que boa parte dos bilhões a ser apropriada pelos acionistas da AmBev seja expropriada dos cofres públicos.

No contencioso administrativo a Contribuinte busca enfatizar o deslocamento do fluxo de dividendos para a IIBV mediante diluição da participação da Ambrew, mas não confronta as particularidades postas pela Fiscalização, quanto ao ganho tributário embutido nestas operações. Em suma, as operações em questão resultaram em uma substancial economia tributária associada a um intangível criado artificialmente, mascarado por capitalização infirmada na sequência das operações, operações estas que, mesmo tendo por objetivo também redirecionar o fluxo de dividendos dentro do grupo econômico, teve por consequência reflexa a redução dos lucros tributáveis no Brasil, ponto no qual a fraude se evidencia, apesar de outros propósitos negociais que possam ser entendidos como legítimos.

As justificativas em Notas Explicativas e as manifestações da diretoria financeira evidenciam que o grupo empresarial valorizou esta vantagem fiscal e, apesar de conscientes da natureza interna do ágio constituído, valeram-se dele, por meio de amortizações, para auferir ganhos significativos, próximos, inclusive, do alegado incremento de dividendos dirigidos à IIBV ao final da reestruturação, mas à custa da erosão das bases tributáveis no Brasil. Irrelevante, assim, para definição da natureza da conduta do sujeito passivo no âmbito tributário brasileiro, as repercussões alegadas em razão da nova modelagem dos investimentos dentro do grupo empresarial.

Assim, deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN na parte admitida, para restabelecer a multa qualificada sobre o crédito tributário resultante da glosa da amortização do ágio em debate.

Original

Estas as razões para, também aqui, manter a qualificação da penalidade e, assim, NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte neste ponto.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

No julgamento de mérito quanto à multa qualificada aplicada sobre a parcela do ágio decorrente do aumento de capital na Inbev Holding Brasil, subscrito integralmente pela IIBV mediante conferência de todas as ações da Ambev por ela detidas, por seu custo de aquisição, acompanhei o relator pelas suas conclusões, não obstante tenha participado do julgamento do recurso de ofício na turma *a quo*, oportunidade em que o havia acompanhado para restabelecer a multa.

Reexaminando a questão e os fatos imputados pela fiscalização, é possível vislumbrar que, em que pese as operações societárias realizadas não permitissem o aproveitamento fiscal do ágio, estas tinham um propósito societário na estrutura do negócio realizado, com a diluição da participação da Ambrew na Inbev Holding Brasil e, consequentemente, num aumento da participação da IIBV na Inbev Holding Brasil, conforme apontado pelo relator, *verbis*:

> [...]
>
> Em seu recurso, a Recorrente demonstrou a validade societária e contábil da operação, embora desnecessárias, demonstrou ainda razões extratributárias para a operação, conforme pareceres juntados aos autos.
>
> Exatamente nesse sentido é a conclusão de Modesto Carvalhosa:
>
> > "No que diz respeito à segunda operação, a Receita afirma que o aumento de capital da INBEV HOLDING BRASIL por IIBV, integralizado com ações de emissão da AMBEV, de titularidade desta holding holandesa, constituiria um suposto "passeio", também voltado exclusivamente à apuração de ágio a ser posteriormente amortizado quando da incorporação reversa da INBEV HOLDING BRASIL pela AMBEV.
> >
> > A Receita chega a tal conclusão uma vez que, após a consumação de referida incorporação reversa, a holding holandesa (i.e., IIBV) voltaria a figurar como acionista direta de AMBEV, não havendo, por consequência, nesse segundo aumento de capital qualquer outra finalidade a não ser a de uma mera economia tributária.
> >
> > Contudo, assim como ocorre em relação à primeira operação, também nesta hipótese não procedem as conclusões obtidas pela Receita Federal.
> >
> > Ora, ao trocar (i) ações de uma sociedade operacional, avaliadas por seu valor de mercado - que, em hipóteses como a presente, tende a ser superior ao seu valor patrimonial -, por (ii) ações de

Original

uma holding intermediária, cujo preço de emissão, este sim, seja fixado com base em seu respectivo valor patrimonial – o qual, conforme já mencionado, reflete, proporcionalmente, o valor patrimonial daquela mesma operacional -, o acionista subscritor obterá uma significativa diluição do acionista remanescente que jamais se verificaria na hipótese aventada pela Receita Federal.

Além da diluição apurada em razão do aumento de capital (i.e., com ações de uma sociedade operacional, avaliadas por seu valor de mercado): subscrito por apenas um dos acionistas (i.e., IIBV), sem a correspondente participação do preexistente (i.e., AMBREW), a sociedade holding (Le., INBEV HOLDING BRASIL), ao fixar o preço de emissão de suas ações com base em seu valor patrimonial, o qual, como visto, é inferior a seu valor de mercado, também promoverá a transferência, às ações emitidas, de parte do valor de mercado das antigas ações, de modo que, ao final, cada ação desta holding terá valor inferior ao registrado antes de tal aumento de capital." (fls. 13054/1385).

E no mesmo sentido concluíram também Bruno M. Salotti, Guillermo Braunbeck e L.Nelson Carvalho:

"Entretanto, posicionar a Ambev embaixo da IIBV não era suficiente (o terceiro objetivo, item c, dentre os objetivos listados anteriormente). Isso tinha que ocorrer paralelamente a uma diluição da antiga entidade controladora da Ambev. Observe-se que o passo que ora se discute produz exatamente esse efeito: o controle da Ambev é mantido (havia sido obtido nas etapas anteriores), mas a participação da Ambrew, antiga controladora indireta, é diluída substancialmente.

Isto porque, quando ocorre um aumento de capital numa investida, se um dos investidores contribui para o aumento e outro não, o que aportou recursos passará a ter proporcionalmente maior participação no patrimônio líquido da investida e, inversamente, o acionista que não aportou recursos, ainda que em termos absolutos possua o mesmo volume de recursos investidos que tinha anteriormente, passará a ter uma participação menor no capital total, que se viu incrementado pelo aporte do outro acionista. Por essa razão se costuma dizer que pela ótica do acionista que teve sua participação relativa diminuída, houve uma 'diluição'.

Foi o que ocorreu no aumento de capital na Inbev Holding Brasil, subscrito integralmente pela IIBV mediante conferência de todas as ações da Ambev por ela detidas por seu custo de aquisição. A Ambrew, também acionista da Inbev Holding Brasil, não acompanhou o aumento de capital, redundando numa diluição (redução) da participação da Ambrew na Inbev Holding Brasil e, consequentemente, num aumento da participação da IIBV na Inbev Holding Brasil.

Original

Importante destacar que a concentração da participação na Inbev Holding Brasil pela IIBV (i.e., diluição da participação da Ambrew e aumento da participação da IIBV) é adequada e compatível não somente com a estrutura de gestão dos investimentos transcontinentais (fora da União Européia), como já mencionado, mas também pela ótica de gestão financeira, posto que o aumento da participação proporcional da IIBV na Inbev Holding Brasil direciona um fluxo de dividendos maior para a IIBV (em detrimento da Ambrew), dando à IIBV 'fôlego' financeiro maior para a realização dos investimentos requeridos na persecução de sua missão de holding dos investimentos transcontinentais fora da UE.

(…)

Portanto, respondendo objetivamente o quesito em tela, existe sim um fundamento econômico não relacionado com a economia tributária no Brasil, relacionado à gestão econômico-financeira do 'braço' de investimentos transcontinentais fora da União Europeia do Grupo Interbrew, que justifica e faz razoável a reorganização que, por um lado, diluiu a participação relativa da Ambrew na Inbev Holding Brasil (e, por consequência, na Ambev) e, por outro lado, aumentou a participação da IIBV nesses empresas.

(…)

No caso específico da Inbev Holding Brasil, como já dito, esta recebeu ações da Ambev, pelo valor de R$13,585 bilhões, que representava o valor que a IIBV, que detinha as ações antes de serem transferidas à Inbev Holding Brasil, investiu na sua aquisição originalmente. A IIBV, para obter as ações da Ambev que veio a aportar na Inbev Holding Brasil, abriu mão do seu investimento na Labatt (vide Quesito 6), que foi avaliado pelo seu valor econômico na época dessa etapa da transação. Portanto, o custo original das ações da Ambev é o valor econômico do ativo entregue (Labatt) quando adquiridas e esse custo foi utilizado na operação em tela como base de valor para a integralização do capital da Inbev Holding Brasil e para o reconhecimento do ativo.

A Inbev Holding Brasil, no momento imediatamente posterior à integralização, ao comparar o valor de seu investimento adicional na Ambev com o valor proporcional do patrimônio da Ambev, identifica nos termos da legislação societária e fiscal uma diferença de R$7,159 bilhões de valor a maior no investimento adquirido em relação ao patrimônio da Ambev proporcional ao seu novo percentual de participação. Procedeu, portanto, à segregação desse valor, classificando-o em subconta de ágio, que é parte integrante do valor total de investimentos na Ambev. Procedimento totalmente adequado, obrigatório e aderente à legislação e práticas contábeis vigentes à época." (fls. 13087/13117).

Original

> A meu ver, portanto, não restou caracterizado no caso concreto a demonstração de fraude, prescrita no art. 72 da Lei nº 4.502/64,até porque a operação foi totalmente exporta ao fisco e aos órgãos regulatórios. Tanto o é que a própria DRJ já havia se manifestado pela desqualificação da multa.
>
> Por fim, apenas registro que no ordenamento jurídico brasileiro não há previsão da figura do propósito negocial, não sendo elemento apto a ensejar a qualificação de multa. Assim, entendo deva ser dado provimento ao Recurso Especial para que a multa seja reduzida ao patamar de 75%.

O registro contábil das operações e o consequente reconhecimento do ágio contabilmente, conquanto não pudesse produzir efeitos fiscais pretendidos pela contribuinte, nos termos da jurisprudência dominante nesta turma, não podem ser consideradas, por si só, como elementos indicativos do intuito de sonegar.

É evidente que a contribuinte buscou este aproveitamento fiscal, diante do negócio tal como estruturado, mas como bem ressaltado pela DRJ, havia um espaço de dúvida razoável na interpretação da norma legal autorizadora da dedução do ágio nos casos em que existe um negócio entre partes não relacionadas em etapa anterior, o que não permite concluir pela existência de dolo no sentido de fraudar o Fisco, *verbis*:

> [...]
>
> Inegável que o tema do aproveitamento tributário de ágio originado em reorganizações societárias em relações intra-grupos é polêmico e tem gerado manifestações no meio jurídico em ambos sentidos: considerando-o conforme a lei ou contrário a ela. A existência da controvérsia nos diversos foros é, ao meu ver, suficiente para sustentar a existência de interpretações factíveis que, não obstante, incompatíveis, preencham a "moldura legal" fixada pela norma. Os limites definidos pela lei nesse tipo de operação societária comportam espaço para interpretações divergentes.
>
> Portanto, por entender que não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos, voto pela procedência da impugnação em relação à qualificação da multa, mantendo-a no percentual de 75%.
>
> [...]

Desta feita, revendo minha posição no julgamento do colegiado *a quo*, e tendo em conta o posicionamento reiterado desta turma em casos semelhantes, também já adotado por mim em outros julgamentos, voto no sentido de dar provimento ao recurso do contribuinte nesta parte, para cancelar a qualificação da multa de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Original