



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

Processo nº 16561.720086/2013-06
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9101-003.275 – 1ª Turma
Sessão de 6 de dezembro de 2017
Matéria ÁGIO
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
MAN LATIN AMÉRICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, incorporação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

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

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

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

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. PLUS NA CONDUTA. DOLO.

Operações empreendidas com utilização de empresa de papel, sem substância econômica, visando construir deliberadamente o suporte fático para aproveitamento do ágio demonstram flagrante artificialidade. Evidencia-se a presença dos elementos volitivo e cognitivo, caracterizando o dolo, o plus na conduta que ultrapassa o tipo objetivo da norma tributária e que é apenado com a qualificação da multa de ofício.

DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. REPERCUSSÃO DOS AJUSTES NO LUCRO REAL PARA A BASE DE CÁLCULO DA CSLL. MOMENTOS DA EXISTÊNCIA DO INVESTIMENTO. AQUISIÇÃO. DESENVOLVIMENTO. DESFAZIMENTO.

I - Construção empreendida pelo Decreto-lei nº 1.598, de 1977, encontra-se em consonância com a edição no ano anterior (1976) da Lei nº 6.404 ("lei das S/A"), no qual se buscou modernizar os conceitos de contabilização de investimentos decorrentes de participações societárias, inclusive com a adoção do método de equivalência patrimonial (MEP). Foram delineados três momentos cruciais para o investidor: nascimento, desenvolvimento e fim do investimento, assim tratados: (1º) o da aquisição do investimento, normatizando-se a figura do "ágio", que consiste no sobrepreço pago na aquisição, (2º) o momento em que o investimento gera frutos para o investidor, ou seja, a empresa adquirida gera lucros; e (3º) e desfazimento do investimento.

II - O segundo momento operacionalizou sistema no qual os resultados de investimentos em participações societárias pudessem ser devidamente

refletidos no investidor, por meio do MEP, e ao mesmo tempo, não fossem objeto de bitributação. De um lado, os resultados da investida seriam refletidos no investidor, fazendo com que tanto na investida quando no investidor fossem apuradas receitas operacionais que, em tese, integrariam o lucro líquido e a base de cálculo tributável. De outro, determinou-se que o investidor poderia efetuar ajuste, no sentido de excluir da base de cálculo tributável os resultados positivos auferidos pela investida, viabilizando-se a neutralidade do sistema e a convergência para fins fiscais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

III - A mesma premissa deve ser considerada para o primeiro (aquisição) e terceiro (desfazimento) momentos. No desfazimento, o ágio deve ser considerado na apuração da base de cálculo do ganho de capital. Na aquisição, o sobrepreço contabilizado só poderá ser objeto da amortização se ocorridas as hipóteses de aproveitamento previstas expressamente na legislação.

IV - Nítida e transparente a convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL, no que concerne às operações decorrentes de participações societárias e os correspondentes resultados auferidos, em seus diferentes momentos: aquisição, desenvolvimento e desfazimento.

REGRAS GERAIS DE DEDUTIBILIDADE. ÁGIO. DESPESA.

Ágio é despesa, submetida a amortização, submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 47, da Lei nº 4.506, de 1964, e com repercussão tanto na apuração do IRPJ quando da CSLL, conforme art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995 e art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995.

CONCOMITÂNCIA. MULTA ISOLADA.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional. Essa cobrança é válida para períodos de apuração ocorridos após a alteração da Lei 9.430/96, pela MP 351/07, convertida na Lei 11.488/07, ou seja, períodos de apuração ocorridos de 2007, inclusive, em diante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte, vencido o conselheiro Rafael Vidal de Araújo, que conheceu parcialmente do recurso. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Gerson Macedo Guerra (relator), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à (i) qualificação da multa de ofício e, no mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Gerson Macedo Guerra (relator), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe negaram provimento e acordam, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à (ii) aplicação da multa isolada, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto e Daniele Souto

Rodrigues Amadio, que não conheceram do recurso. No mérito da aplicação da multa isolada, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe negaram provimento. Votou pelas conclusões, quanto à repercussão do Ágio na CSLL, o conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Andre Mendes de Moura.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra - Relator

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Rodrigo da Costa Pôssas. Ausentes, justificadamente, os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto e Adriana Gomes Rego.

Relatório

Trata-se de Recursos Especiais de divergência interpostos pela Fazenda Nacional e pelo Contribuinte em epígrafe, contra o Acórdão nº 1401-001.569, onde se analisou a legitimidade do lançamento do IRPJ e CSLL e multas de 150% e isolada, por entender a fiscalização ser indedutível das bases dos referidos tributos a amortização fiscal do ágio gerado em operação de aquisição de participação societária de terceiros, através da constituição de empresa chamada "veículo".

Na origem, foi lavrado auto de infração pela constatação de indevida redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL pela amortização de ágio decorrente de incorporação reversa mediante o uso de empresa veículo.

Faticamente, verificou-se o seguinte:

1. Em 02/07/2008, foi constituída a empresa P.R.C.S.P.E. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, tendo como sócias as senhoras Linéia Martins e Sueli de Fátima Ferreti;

2. Em 18/12/2008, as sócias da P.R.C.S.P.E. se retiraram da sociedade, oportunidade em que assumiram como sócios a empresa MAN AG (sediada na Alemanha), que posteriormente passou a denominar-se MAN SE e, Mauro César Leschziner (detentor de apenas uma ação);
3. Em 12/03/2009, por meio do Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social da VWCO (atual MAN Ltda), os únicos sócios VIF e Eduardo de Azevedo Barros transferiram a totalidade de suas participações no capital social para a P.R.C.S.P.E. passando a ser esta última a única sócia da empresa VWCO;
4. em 16/03/2009 a empresa MAN AG remete para a sua controlada (P.R.C.S.P.E) a quantia de R\$ 4.000.240.848,00, da qual R\$ 3.792.097.965,38 foi repassado, ato contínuo, para a empresa VIF da Holanda, em pagamento pela aquisição da VWCO, conforme contratos de câmbio datados de 17/03/2009. O imposto retido na fonte sobre o ganho de capital obtido pela empresa VIF foi retido e recolhido aos cofres públicos pela empresa MAN S/A (então P.R.C.S.P.E), no importe de R\$ 177.488.953,24. Toda essa movimentação pode ser comprovada analisando-se os extratos bancários da P.R.C.S.P.E. Ainda, em 16/03/2009, a sociedade P.R.C.S.P.E passou a denominar-se MAN S/A;
5. em 30/11/2009 ocorre a incorporação da controladora MAN S/A pela controlada MAN LTDA (antiga VWCO);
6. de dezembro de 2009 a dezembro de 2011 houve a amortização fiscal do ágio glosada pela fiscalização.

A autoridade fiscal concluiu que formalmente, a VWCO foi adquirida pela MAN S/A (antiga PRCSPE), todavia, de fato, a aquisição da sociedade VWCO se deu pela MAN AG (posteriormente MAN SE), a qual utilizou a empresa veículo MAN S/A (antiga PRCSPE) para efetuar o repasse do dinheiro. Portanto, a verdadeira adquirente foi a MAN AG.

Nesse contexto, entendeu a fiscalização que no caso não houve a requerida unificação patrimonial, nos termos do artigo 386, do RIR/99. Continuou existindo a sociedade investidora de fato MAN AG (posterior MAN SE) e o seu investimento que era a sociedade MAN LTDA. Apenas fabricou-se na MAN LTDA o ágio. Tudo não passou de um estratagema para se tentar conseguir, logo após a incorporação reversa da sociedade veículo MAN S/A pela MAN LTDA, deduzir as despesas de amortização de ágio para obter ganho tributário em prejuízo do Fisco Federal.

Entendeu a fiscalização que a transação de compra da VWCO formalmente realizada pela PRCSPE não teve propósito negocial algum, uma vez que a aquisição da VWCO e o seu respectivo pagamento foram de fato realizados pela MAN AG.

Asseverou que a operação apesar de formalmente lícita, é desprovida de substância essencial ao negócio. Entendeu tratar de ato intrinsecamente vazio, cuja única intenção foi contornar norma impositiva tributária, em prejuízo específico dos princípios tributários da capacidade contributiva e da isonomia e, em linhas gerais, dos direitos e garantias que norteiam a Carta Magna. Assim, atos ou negócios jurídicos formalmente praticados, mas

carentes de elementos essenciais, que revelam ter por fim colimado exclusivamente o de esquivar-se ao Fisco, afrontando princípios sociais e tributários superiores não são oponíveis ao Estado, sendo a eles aplicável o tratamento tributário que o verdadeiro ato produziria. Entendeu o fisco tratar-se de uma hipótese de abuso de direito, nos termos do artigo 187, do Código Civil.

Para qualificar a multa a fiscalização entendeu que o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis, societários e fiscais de forma a dar uma aparência de correção ao montante do ágio amortizado tributariamente pretendeu induzir a fiscalização a avalizar uma operação inoponível ao Fisco. Assim, agiu com dolo, justificando a qualificação da multa nos termos da Lei 9.430/96.

Aplicou-se, ainda, a multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas mensais.

Impugnado o Auto de Infração, a DRJ decidiu pela improcedência dos argumentos de defesa. Assim, tempestivamente foi ajuizado Recurso Voluntário, dando-se parcial provimento ao Recurso do Contribuinte para manter a glosa da amortização do ágio do IRPJ e da CSLL, reduzir a multa qualificada e afastar a cobrança de multa isolada.

A Turma a quo, ao analisar o Recurso Voluntário do Contribuinte entendeu, no que interessa ao presente julgamento, que a aquisição de participação societária por empresa veículo é inoponível ao Fisco quando sua causa real, preponderante sobre a causa negocial, é a geração do ágio para o subsequente aproveitamento.

Para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, entendeu ser vedada a amortização do ágio contabilizado com um item do ativo diferido, na conformidade do § 2º, "a", do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97, por não se tratar de despesa intrinsecamente relacionada com a produção ou comercialização de bens ou serviços.

Com relação à qualificação da multa, entendeu-se que na simulação por vício de causa, inexistente o falseamento ou a manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes deixam às claras as formas jurídicas empregadas, de modo a ser incabível a qualificação da multa aplicada porque não se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais.

Decidiu-se, ainda, ser incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

Vale a transcrição da ementa da referida decisão:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS. OPONIBILIDADE AO FISCO.

Os planejamentos tributários são inoponíveis ao Fisco quando formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária.

SIMULAÇÃO POR VÍCIO DE CAUSA. MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

Na simulação por vício de causa, inexistente o falseamento ou a manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes deixam às claras as formas jurídicas empregadas. É incabível a qualificação da multa aplicada porque não se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário:

2009, 2010, 2011

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É impossível promover uma interpretação extensiva das hipóteses expressamente previstas em lei para a amortização do ágio por se tratar de um benefício fiscal caracterizado como isenção.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. GERAÇÃO POR EMPRESA VEÍCULO. PLANEJAMENTO INOPONÍVEL.

A aquisição de participação societária por empresa veículo é inoponível ao Fisco quando sua causa real, preponderante sobre a causa negocial, é a geração do ágio para o subseqüente aproveitamento.

ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.

Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

ROYALTIES. PROVISÃO. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível a parcela de provisão para pagamento de royalties que foi indevidamente incluída como custo na apuração da base de cálculo do tributo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

ÁGIO. ATIVO DIFERIDO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, é vedada a amortização do ágio contabilizado com um item do ativo diferido, na conformidade do § 2º, "a", do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97, por não se tratar de despesa intrinsecamente relacionada com a produção ou comercialização de bens ou serviços.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos: I) por unanimidade de votos, negar provimento em relação à glosa do ágio; II) por unanimidade de votos, negar provimento em relação à glosa dos royalties; III) por unanimidade de votos, dar provimento parcial para desqualificar a multa de ofício; e IV) por maioria de votos, dar provimento parcial para cancelar as multas isoladas. Vencidos os Conselheiros Antonio Bezerra Neto e Fernando Luiz Gomes de Mattos que as mantiveram.

Cientificada dessa decisão a Fazenda Nacional, tempestivamente, apresentou Recurso Especial de divergência, objetivando discutir a desqualificação da multa e o cancelamento da multa isolada.

Em sua peça recursal a Fazenda pugna pelo conhecimento de seu apelo com base nos acórdãos de nº 1101-000.899 e 1101-000.913. Alega que os fatos analisados nos acórdãos confrontados são idênticos, quais sejam: utilização de empresa-veículo com o único propósito de adquirir (com ágio) participação em outra empresa operacional; enquanto que os efeitos jurídicos são divergentes, na medida em que nos paradigmas foi mantida a qualificação da multa, pela constatação da fraude e/ou sonegação no recorrido a qualificação da multa foi afastada pela não demonstração da ocorrência da fraude ou sonegação.

Com relação à aplicação da multa isolada, a Fazenda pugna pelo conhecimento com base nos acórdãos 1202-000.964 e 1302-001-080. Alega a Fazenda que, devergentemente do recorrido, nos paradigmas a aplicação da multa isolada em concomitância com a multa de ofício foi considerada legítima, por penalizarem condutas distintas.

O Recurso da Fazenda foi integralmente conhecido pelo despacho de admissibilidade às efls. 4205.

Em suas razões, alega a Fazenda, em suma:

-
- ✓ Que o Contribuinte praticou atividade fraudulenta comprovada, observada a partir da realização de operações artificiais, sem propósito negocial e valendo-se de empresa veículo, sem nenhuma atividade operacional, com exclusivo escopo de antecipar os efeitos da amortização do ágio, motivo pelo qual foi devidamente justificada a multa de 150%;
 - ✓ Como resultado da conduta dolosa, houve diminuição do efetivo valor da obrigação tributária;
 - ✓ a conduta foi sempre resultado da vontade, livre e consciente, já que realizada de forma deliberada, objetivando modificar a característica essencial do fato gerador da obrigação tributária principal;
 - ✓ a conduta demonstrou desprezo ao cumprimento da obrigação fiscal, ao princípio da solidariedade da matriz constitucional e ao dever legal de participação, indicando a intensidade do dolo;
 - ✓ Assim deve ser revista a decisão no que se refere à desqualificação da multa de ofício;
 - ✓ As infrações apenadas pela chamada multa de ofício e pela multa isolada são diferentes. A Multa de ofício decorre da falta ou insuficiência de pagamento de tributo, já a multa isolada decorre do descumprimento do regime de estimativa;
 - ✓ Além disso, a multa de ofício e a multa isolada não incidem sobre a mesma base de cálculo.
 - ✓ A multa de ofício deve incidir sobre o tributo efetivamente devido ao final do período de apuração; já a multa isolada incide sobre o valor do pagamento mensal;
 - ✓ Nesse contexto, também merece reforma a decisão quanto ao afastamento da multa isolada.

Regularmente intimado da decisão e do Recurso da Fazenda, o Contribuinte apresentou Embargos de Declaração e contrarrazões. Os Embargos apresentados foram rejeitados, de modo que regularmente o contribuinte apresentou seu Recurso Especial.

Em suas contrarrazões alega o Contribuinte, em suma:

- ✓ Que os acórdãos paradigmas selecionados pela Recorrente não demonstram efetiva divergência jurisprudencial. Desta feita, incabível a via recursal eleita;
- ✓ Nenhum dos julgados colacionados pela Recorrente se presta a fundamentar a divergência, porquanto desconsidera a ratio decidendi do acórdão recorrido e os diferentes escopos fáticos envolvidos – no caso do acórdão recorrido supostamente há a utilização de “empresa

veículo”, enquanto que os acórdãos 1101-000.899 e 1101-000.913 versam sobre operação simulada, inclusive, com “ágio interno”;

- ✓ No presente caso a Turma julgadora entendeu que faltaria à qualificação da penalidade o dolo “no seu mais puro sentido penal” a tipificar fraude, sonegação ou conluio. Isto, pois, a hipótese descrita configuraria “simulação por vício de causa” – conceito diverso da “simulação por vício da vontade”. Aquela estaria presente porque “inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos”;
- ✓ De maneira diversa, no julgamento do acórdão 1101-000.899, “as partes declaram algum aspecto que seja falso, portanto, uma vontade aparente ou simulada (simulação absoluta), ou algum aspecto que tem por objeto encobrir outro de natureza diversa”;
- ✓ Ou seja, entendeu a Turma paradigmática que no caso houve declaração de situação falsa, inexistente;
- ✓ O mesmo ocorreu no caso do paradigma 1101-000.913, o caso versa sobre ágio interno produzido por meio de operação patentemente simulada, a caracterizar o tipo do artigo 72, Lei 4.502/1964 e, portanto, a multa qualificada;
- ✓ A par do exposto já ser suficiente a concluir pela ausência de atendimento dos pressupostos de admissibilidade, a desconstituição do raciocínio supradesenvolvido, se possível fosse, dependeria da reapreciação da integralidade dos elementos probatórios a demonstrar o caráter simulado da operação. No entanto, não se presta a Câmara Superior para reapreciar os elementos fáticos do caso;
- ✓ Quanto à multa isolada, constitui premissa para o entendimento exarado em ambos os casos paradigmáticos o fato de as bases de cálculo das multas isolada e de ofício não se justaporem, ou seja, restar uma diferença de tributo em aberta.
- ✓ A Turma julgadora que prolatou a decisão recorrida afastou a multa isolada sobre as estimativas, pois no caso em questão, considerando o encerramento do período de apuração, a base de cálculo aplicada à multa pelo não pagamento de tributo (multa de ofício) equivale àquela da multa isolada, não restando quaisquer diferenças devidas a título de estimativas;
- ✓ Não há, por conseguinte, a divergência entre o acórdão recorrido e os acórdãos 1202-000.964 e 1302-001.080. Nestes as respectivas bases de cálculo das multas de ofício e isolada divergiam, ou seja, restava uma diferença a ser submetida à última espécie de penalidade, algo que não se tem no caso da Recorrida;
- ✓ A multa majorada de 150% supõe uma dupla falta: o não recolhimento do tributo devido e o uso de instrumento fraudulento

para evitar a tributação. Faltando quaisquer destes elementos, não se caracteriza o pressuposto da penalidade. Isto é, o tipo da infração é qualificado, há um agravante: além da falta de pagamento do tributo, deve haver a vontade de ludibriar, de enganar, de falsificar (dolo);

- ✓ A penalidade agravada, por ter como premissa a existência das situações constantes dos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64, não se aplica aos casos em que o sujeito passivo age de acordo com suas convicções, deixando todo o seu procedimento às claras, ainda que implique tributação inferior à considerada correta pelo Fisco. Nesta hipótese, não há dolo, caracterizado na tentativa de enganar quem quer que seja, pressuposto a autorizar a sanção no percentual de 150%. O que pode haver é divergência na interpretação da lei tributária aplicável;
- ✓ Como exaustivamente demonstrado, MAN AG, VIF, MAN S/A e MAN LTDA (Recorrida) agiram às claras, cumprindo com todo o disclosure previsto na legislação. Todos os atos praticados foram regularmente formalizados e produziram suas naturais consequências jurídicas tanto no País quanto no exterior. Foram registrados, auditados por profissionais competentes e amplamente divulgados perante os órgãos cabíveis. No Brasil, isto compreendeu o BACEN, a JUCESP e a Receita Federal (apresentação de declarações). Na Alemanha, envolveu as demonstrações financeiras de MAN AG, as quais são auditadas por terceiros independentes;
- ✓ O lançamento de multas isoladas, quando os valores sobre os quais são calculadas foram igualmente apenados com multas de ofício (impostas com a exigência de tributos), afigura-se em desacordo com a legislação. Isto porque equivale a exigir duas multas para uma única e mesma infração que se acusa a Recorrida de ter cometido, procedimento evidentemente vedado.

O Recurso Especial apresentado pelo contribuinte objetivou a discussão de duas matérias, quais sejam, possibilidade de utilização de holding (“empresa veículo”) detida por investidor estrangeiro para amortização do ágio e inexistência de determinação legal de adição da amortização do ágio à base da CSLL.

Inicialmente, o Recurso do Contribuinte foi parcialmente conhecido pelo Presidente da Câmara, sendo, então, apresentado agravo, que foi recebido e acolhido para dar seguimento quanto à matéria inexistência de determinação legal de adição da amortização do ágio à base da CSLL.

Nas razões de recurso, vale destacar:

- ✓ MAN S/A pagou mais de R\$ 3 bilhões em dinheiro pelas quotas de MAN LTDA (houve, portanto, aquisição). O montante era superior proporcionalmente ao PLC das ações adquiridas. O sobrepreço foi classificado como ágio por rentabilidade futura. Por fim, houve confusão patrimonial a partir da incorporação da adquirente – MAN

S/A – pela adquirida MAN Ltda.. Logo, impõe-se como decorrência a aplicação das regras que autorizam a amortização do ágio;

- ✓ A formação de MAN S/A nada tem a ver com o resultado tributário (amortização do ágio). Até porque, caso não tivesse sido formada, o resultado fiscal seria o mesmo. Bastaria MAN AG ser cindida e a parcela do investimento na MAN LTDA ser nela incorporada, com a consequente amortização do ágio. Tal, aliás, também provocaria reflexos na investidora, com redução do custo no investimento via equivalência;
- ✓ Houve propósito extra fiscal na criação da MAN S/A;
- ✓ A constituição de pessoa jurídica destinada a servir de instrumento para a compra de outra sociedade e a posterior extinção por incorporação não só não são ilegais, como estão previstos na legislação e são amplamente utilizados nas transações entre diferentes conglomerados econômicos;
- ✓ Para efeito de CSLL, não há norma fiscal que estabeleça tratamento especial à amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura após a operação de fusão, cisão ou incorporação. Em consequência, aplicam-se as normas relacionadas à apuração do lucro líquido vigentes até 31/12/2007;
- ✓ Nem se alegue, outrossim, que a exigência da CSLL teria fundamento no artigo 57 da Lei 8.981/95, citado como embasamento legal aos autos de infração. O dispositivo é expresso em ressaltar na sua parte final que, embora as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas sejam aplicáveis à CSLL, no que diz respeito à base de cálculo e à alíquota, deve ser observada a legislação específica da própria CSLL;
- ✓ Aplicar à CSLL as mesmas normas de apuração e pagamento estabelecidas para o IRPJ não significa aplicar as mesmas normas relativas à determinação da base de cálculo (deduções, exclusões e adições). Tanto que, quando o legislador pretende que uma regra fiscal produza efeitos tanto na base de cálculo do IRPJ, quanto da CSLL, assim o determina expressamente.

Regularmente intimada do Recurso do Contribuinte a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões e contrarrazões adicionais após análise do Agravo.

Dessas peças vale destacar:

- ✓ com base na origem dos recursos utilizados pelo Grupo MAN para a aquisição das quotas da VWCO é possível aferir a real adquirente dessa empresa: a MAN AG. Com supedâneo nesse importante aspecto, vê-se que tal empresa estrangeira fora a real responsável por sacrificar o seu patrimônio em troca das referidas quotas;

- ✓ Tendo apurado que a real adquirente das quotas da VWCO foi a empresa estrangeira MAN AG, a Fiscalização, com base na interpretação literal da Lei nº 9.532/1997, constatou que a incorporação da MAN S/A pela VWCO (antiga denominação do ora recorrente) não torna o ágio passível de dedução;
- ✓ Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. O REAL INVESTIDOR, portanto, deve se confundir com o investimento que adquiriu;
- ✓ No caso da apuração da base de cálculo da CSLL, como não há norma expressa que autoriza a dedução da despesa com amortização de ágio, não há que se falar nessa renúncia fiscal.
- ✓ Assim, ao contrário do que defende o recorrente, a dedutibilidade na CSLL da despesa com a amortização de um ágio não é assegurada em face da ausência de norma que preveja a adição dessa rubrica, a despesa com a amortização de um ágio, mesmo dedutível para fins de IRPJ, não é dedutível para a CSLL porque não há previsão legal a autorizando.
- ✓ Como toda a espécie de renúncia fiscal, eventual dedução de uma despesa deve ser expressamente autorizada por lei, não pode ser realizada em face do seu silêncio.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gerson Macedo Guerra, Relator

CONHECIMENTO

Com relação à admissibilidade do Recurso do Contribuinte, entendo não haver reparos a serem feitos no despacho e na decisão de agravo, de modo que dele conheço.

Diante o questionamento da admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda pelo Contribuinte, faz-se importante sua análise.

Em relação à discussão acerca da multa qualificada, alega o Contribuinte a ausência de similitude fática entre o recorrido e os paradigmas.

De fato, com relação ao acórdão 1101-000.912 assiste razão ao Contribuinte. Neste caso, a operação analisada consubstancia-se em operação de criação de ágio interno, gerado no âmbito de um grupo econômico, sem a ocorrência de pagamento pela suposta aquisição da participação.

Por bem descrever essa operação, importante trazer o seguinte trecho do referido acórdão:

" As autoridades fiscais promoveram a glosa das amortizações de ágio gerado internamente, no intervalo de 40 (quarenta) dias – entre 18/04/2005 e 31/05/2005 –, mediante criação de Holplan Participações S/A (Holplan), que incorporou as ações do capital social da autuada avaliadas a mercado (R\$ 335.797.070,00), superior ao valor contábil de R\$ 89.946.682,00, assim constituindo o ágio que passou a ser amortizado após a incorporação da Holplan pela autuada. Os autuantes expõem seus fundamentos acerca da inaceitabilidade do ágio gerado internamente do ponto de vista contábil, bem como afirmam a falta de propósito negocial, acrescentando que o laudo de avaliação foi feito por empresa criada apenas com esse intuito, assim concluindo:"

Nesse contexto, de fato não há similitude fática, tampouco jurídica entre o caso julgado nesse paradigma e no presente.

Desse modo, não conheço do Recurso da Fazenda com base em tal acórdão.

A situação fática discutida no acórdão 1101-000.899, por sua vez, de fato gera confusão.

No relatório do referido acórdão, ao ser exposto trecho do TVF, há clara impressão que a autuação ocorreu pela identificação de criação de ágio interno, ou seja, originado de operação entre empresas do mesmo grupo econômico. Destaque-se o seguinte trecho do TVF reproduzido no relatório:

declara, ainda, a fiscalização: "do acima disposto, concluímos que a apuração do ágio ocorreu em circuito fechado, isto é, entre empresas do mesmo grupo. Concluímos também que a aquisição da LISTEL pela APENINA e MKV não se revestiu das formalidades necessárias, o que acabou por invalidar o valor do ágio calculado na aquisição desta participação societária";

Entretanto, ao tratar da impugnação do contribuinte em seu relatório o Relator descreve uma operação em que terceiros, não residentes no Brasil, adquiriram participação em sociedade brasileira através de empresas aqui constituídas, com essa finalidade (chamada veículo).

Mais claro ainda ficam os fatos no voto vencedor, da então Conselheira Edeli Pereira Bessa, o qual tomo a liberdade de transcrever o seguinte trecho:

Interpreto a acusação fiscal de forma distinta do I. Relator, pois observo que a autoridade lançadora fez referência à Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349, de 06/03/2001, destacando que operações desta espécie acabam por ensejar o reconhecimento de um acréscimo patrimonial se a efetiva substância econômica, mediante a criação de uma sociedade veículo que transfere da controladora original para a controlada o ágio pago na sua aquisição, e ao final do processo de

incorporação, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

E, ao longo de todo seu arrazoado, a autoridade lançadora destacou que a AVERDIN criou nas empresas veículo APENINA e MKV o patrimônio necessário para que estas adquirissem a LISTEL e nelas restasse registrado o ágio pago nesta operação. Nas palavras da Fiscalização, em 01/06/1999 a AVERDIN detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da LISTEL.

Assim, com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada. A investidora original, AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

Esta a razão, portanto, para a Fiscalização concluir que a operação entre LISTEL, APENINA e MKV ocorreu em circuito fechado. O adquirente, terceiro estranho à investida, nesta operação, é a AVERDIN, representante no Brasil do Grupo BellSouth, como demonstrado no organograma societário de fl. 1256, citado pelo I. Relator.

Pois bem.

Tanto no presente caso, como nesse segundo paradigma é possível identificar uma determinada sociedade aportando capital em sociedade(s) holding(s), que posteriormente adquire(m) a participação societária de terceiros, com ágio e, após tal aquisição é incorporada pela sociedade adquirida, que passa a aproveitar fiscalmente o ágio.

Assim sendo, entendo que há aqui a identidade fática requerida para o conhecimento do Recurso.

Quanto à identidade jurídica, é bem verdade que no julgamento do paradigma não se entrou no mérito da argumentação trazida no presente acórdão recorrido no sentido de vício de causa não ser considerado sonegação ou fraude.

Porém, apesar de não ter sido discutido o argumento especificamente, o fato é que uma situação fática muito semelhante à presente foi analisada e entendeu-se presentes os elementos configuradores das hipóteses em que se admite a qualificação da multa de ofício, enquanto que no presente caso entendeu-se de forma distinta, pela ausência dos referidos elementos.

Portanto, vejo divergência de interpretação da legislação.

Importante frisar que não entendo que o conhecimento do Recurso trará a necessidade de revolver os fatos do caso, questão vedada a esse colegiado. Na verdade, entendo que a discussão gira em torno do critério jurídico de análise dos fatos, não os fatos em si.

Nesse contexto, entendo que merece ser conhecido o Recurso da Fazenda.

Quanto à segunda matéria, inaplicabilidade da multa pelo não recolhimento integral das antecipações mensais, alega o contribuinte que não há a divergência entre o acórdão recorrido e os acórdãos 1202-000.964 e 1302-001.080. Isso porque, constituiu premissa para o entendimento exarado em ambos os casos paradigmáticos o fato de as bases de cálculo das multas isolada e de ofício não se justaporem. Por outro lado, a decisão recorrida afastou a multa isolada sobre as estimativas, pois no caso em questão, considerando o encerramento do período de apuração, a base de cálculo aplicada à multa pelo não pagamento de tributo (multa de ofício) equivale àquela da multa isolada, não restando quaisquer diferenças devidas a título de estimativas.

Pois bem.

Da análise do acórdão paradigma nº 1202-000.964 é possível perceber que ali analisou-se duas teses: (i) a possibilidade de lançamento da multa isolada após o encerramento do ano-calendário; e (ii) a exigência em conjunto da multa isolada e da multa de ofício. É o que se extrai do seguinte trecho do voto:

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

É bem verdade que se menciona no voto a diferença entre a base de cálculo da multa isolada e da multa de ofício. Essa menção ocorreu ao se tratar, em tese, das diferentes formas de apuração da antecipação do imposto e do imposto em si. Logo, não se estava discutindo que no caso houve diferença entre a base da multa de ofício efetivamente aplicada e a multa isolada também efetivamente aplicada. Vejamos a transcrição do referido trecho:

Entendo que não há que se confundir a base de cálculo da multa isolada e a base de cálculo de eventual multa de ofício, já que, em caso de opção pela sistemática das estimativas, o tributo não é apurado trimestralmente, mas anualmente, e a base de cálculo da multa isolada é a estimativa mensal calculada a partir da receita bruta. A multa de ofício, por sua vez, incide sobre o imposto ou contribuição efetivamente devidos ao final do período de apuração.

Da leitura acurada do voto, percebe-se que o que restou ali decidido foi pela possibilidade de se exigir multa de isolada após o encerramento do ano-calendário e pela possibilidade de se exigir multa isolada em conjunto com multa de ofício, por penalizarem condutas distintas. Para demonstrar tal conclusão vale a transcrição do seguinte trecho do voto:

Ademais, a legislação possibilita o não recolhimento de antecipação, desde que apresentado o balancete mensal que comprove que as antecipações recolhidas superam o valor do tributo até aquele momento apurado, o que não implica dizer que a multa isolada prevista no art. 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 não é devida após o encerramento do período. A determinação legal é clara nesse sentido, ao reafirmar que a multa é devida “ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou

base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”.

Em outras palavras, a regra é clara: o descumprimento do dever de antecipação deve ser sancionado na forma da lei, independentemente do valor do imposto ou contribuição calculada ao final do exercício, ou mesmo da existência de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa. Fica ressalvada, apenas, a hipótese de apresentação de balancetes de suspensão ou redução que demonstrem que o valor pago já seria maior do que o devido, o que não se verificou no presente caso.

Percebam que expressamente se mencionou que a sanção pela inobservância das regras de antecipação dos tributos deve ser imposta independentemente do valor do imposto ou contribuição calculados no fim do período de apuração. Ou seja, engloba qualquer hipótese, inclusive quando tributos e antecipações são equivalentes.

No presente caso, a Turma a quo entendeu ser incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

A justificativa para tal conclusão foi que o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

A meu ver há divergência entre as decisões, enquanto no caso paradigma entendeu-se tratar de duas condutas infracionais, no presente caso entendeu-se tratar de uma etapa de uma conduta infracional, qual seja a falta de pagamento do tributo.

Logo, entendo que deve ser conhecido o Recurso da Fazenda também nesse ponto.

MÉRITO

A) RECURSO DO CONTRIBUINTE

A.1) POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO EM OPERAÇÕES COM EMPRESA VEÍCULO

No entender da fiscalização a grande razão a justificar a invalidação da amortização fiscal do ágio realizada pelo Contribuinte em questão foi a ausência de propósito comercial na criação de empresa holding, cujo único objetivo de nascimento foi de servir como meio para cumprimento de requisito legal para aproveitamento fiscal do ágio, mediante incorporação de sociedades.

Penso que não assiste razão à fiscalização nessa interpretação dos fatos e das normas em análise.

Em minha concepção o instituto doutrinário chamado propósito comercial vem sendo indiscriminadamente utilizado pelas fiscalizações, sem se observar os pormenores de cada situação.

O propósito comercial, cuja discussão no Brasil foi inicialmente atribuída ao Professor Marco Aurélio Greco, teve seus contornos delimitados, com o fito de tratar qualquer operação que tivesse como objetivo principal a economia de tributos como inoponível ao fisco, admitindo-se a desconsideração de seus efeitos e a consequente cobrança dos tributos.

Penso que essa posição deve ser vista com ressalvas, principalmente ao se considerar que essa teoria é oriunda de países da common law.

Um exemplo clássico que entendo que essa doutrina deve ser reavaliada é no caso de operações societárias que admitem a utilização fiscal do ágio.

A possibilidade de amortização fiscal do ágio gerado por rentabilidade futura, após absorção de patrimônio de uma sociedade por outra, mediante incorporação, fusão ou cisão, inclusive da investidora (chamada operação reversa), surgiu em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei 9.532/97, artigos 7º e 8º, abaixo transcritos:

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-calendários subsequentes 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.

Referida Lei veio ao mundo jurídico num contexto histórico de privatizações ocorridas no país. Como amplamente divulgado na época em que publicada a norma, o objetivo da permissão contida em seu inciso III, de amortização do ágio gerado com base em rentabilidade futura, era o de incentivar a aquisição de empresas públicas e sociedades de economia mista pelos investidores privados.

Logo, no cálculo do retorno de seu investimento, no âmbito de sua análise de viabilidade, os investidores já contavam com o benefício fiscal.

E nesse contexto, tal norma é tida como indutora de comportamentos dos contribuintes, na medida em que incentivou as operações de aquisições de empresas públicas, bem como as aquisições de participações em âmbito privado, tanto por investidores não residentes, que se interessaram enormemente por um mercado em recente abertura, como por investidores residentes no Brasil.

E é aí que a teoria do propósito comercial deve ser repensada, afinal, como um investidor não residente poderia se valer de tal incentivo, sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente? Como sociedades nacionais reguladas por órgãos específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outras atividades?

Ora, excluir a possibilidade dessas pessoas e possibilitar outras a terem benefício fiscal seria ferir a isonomia.

Logo, essas e outras sociedades tiveram que planejar a forma como seria possível investir no país e aproveitar o incentivo da amortização do ágio, nas mesmas condições que sociedades nacionais sem restrições assim o poderiam.

Foi nesse contexto que se utilizaram de sociedades holdings, que lhes permitia organizar a etapa pré aquisição, bem como posteriormente se valer do incentivo de amortização fiscal do ágio. Tais sociedade foram informalmente denominadas "empresas veículo".

Mas a questão que se põe é: a criação de empresas veículos para utilização de incentivos fiscais é um ato de evasão fiscal ou é lícita a economia fiscal mediante planejamento realizado previamente à ocorrência do fato gerador do tributo e estimulado por norma legal?

Em minha concepção, mesmo dentro da teoria do propósito comercial a economia de tributos é permitida, desde que realizada mediante atos e negócios lícitos. E para mim não há qualquer ilicitude em se criar uma sociedade, efetuar sua capitalização, adquirir participação societária de terceiros e, posteriormente realizar as operações societárias induzidas pela lei para se obter a economia de tributos.

Economia de tributos é sim algo legitimamente objetivado pelos empresários, que buscam a maximização de lucros em seus negócios, desde que obtida mediante atos e negócios lícitos. O negócio jurídico pretendido, qual seja a aquisição de participação societária de fato ocorreu, ou seja, não há que se falar em simulação, seja ela absoluta, seja ela relativa.

E alie-se a isso, no caso de ingresso no país de sociedades não residentes, como o presente, o objetivo de explorar o mercado brasileiro e outros vizinhos, eventualmente. Não há como negar que o principal interesse de empresas multinacionais é a exploração de diversos mercados ao redor do mundo e, acessoriamente, havendo a possibilidade, de maximização de lucros através de utilização de incentivos fiscais, assim proceder.

Sobre a legitimidade da utilização de "empresas veículos" para fins de amortização de ágio sabias foram as palavras do Conselheiro Marcelo Cuba Netto, proferidas no acórdão 1201-001.267, que abaixo tomo a liberdade de transcrever:

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a autuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

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

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

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

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de

"empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

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

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 120100.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não

poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada.

No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para a qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Por tais razões, entendo que o ágio gerado no presente caso o foi de forma legítima.

A.2) POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO NA BASE DA CSLL

Decidiu a Turma a quo que para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, é vedada a amortização do ágio contabilizado com um item do ativo diferido, na conformidade do § 2º, "a", do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97, por não se tratar de despesa intrinsecamente relacionada com a produção ou comercialização de bens ou serviços.

Tal decisão fundou-se na suposta vedação contida no artigo 13, III, da Lei 9.249/95, conforme se pode depreender do seguinte trecho do voto do Relator:

Assim sendo, cumpre investigar se seria possível considerar como dedutível a amortização de um item do ativo diferido, contabilizado a título de ágio exclusivamente por determinação da regra contida no § 2º, "a", do artigo 7º, da mesma Lei nº 9.532/97. Para isso, há que se invocar o comando que consolidou a questão da dedutibilidade em matéria de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o artigo 13 da Lei nº 9.249/95:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

(...)

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços; (grifei)

Trata-se, assim, de uma vedação de caráter geral, aplicável no caso presente à CSLL, na medida em que não se pode considerar que a amortização do item do ativo diferido, contabilizado como condição de aproveitamento de um benefício fiscal, seja intrinsecamente relacionado com a produção ou comercialização de bens ou serviços.

Pois bem. Como já me pronunciei em outras ocasiões, não concordo com esse posicionamento.

Avaliando a exceção contida na parte final do inciso III, do artigo 13 em questão vejo a permissão para a dedução das despesas de amortização de ágio na base de cálculo da CSLL, inclusive na ausência de operação societária exigida para amortização no âmbito do IRPJ.

Penso que o ágio gerado na aquisição de um investimento tem sim intrínseca relação com a produção ou comercialização de bens ou serviços.

Ora, não se pode discutir que o adquirente de participação societária busca, com a operação de aquisição, ingressar ou ampliar sua participação no mercado em que a sociedade adquirida atua. Esse nicho pode ser o mesmo que o do adquirente ou não. Mas

dúvida não há de que a empresa adquirida realiza a produção ou comercialização de bens ou serviços.

Assim sendo, o ágio tem relação direta com a produção ou comercialização de bens ou serviços. Logo, dedutível da base da CSLL.

É por essa razão que o ágio pago pela rentabilidade futura deve contabilmente ser contraposto com o rendimento esperado, por respeito ao regime de competência. É isso que determina a Instrução CVM 247/96:

Art. 14. O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.

§ 2º O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada, referido no parágrafo anterior, deverá ser amortizado da seguinte forma:

a) o ágio ou o deságio decorrente de expectativa de resultado futuro – no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio; e

Mesmo com a incorporação da investida ou da investidora a amortização do ágio deve ser deduzida da base da CSLL, pois o ágio registrado assume característica de despesa pré-operacional, devendo, então, ser contraposto com a receita de venda ou prestação de serviços correlatos.

Logo, vejo que há permissão legal para a amortização fiscal do ágio da base da CSLL.

Portanto, voto DAR provimento ao recurso do Contribuinte.

B) RECURSO DA FAZENDA NACIONAL

B.1) DESQUALIFICAÇÃO DA MULTA

No presente caso, para qualificar a multa de ofício a fiscalização entendeu que o Contribuinte agiu com objetivo de provocar um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal, conforme se pode depreender da seguinte passagem do TVF:

Portanto, pode-se concluir que as definições de sonegação e fraude que dão suporte à qualificação da multa implicam ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante da análise da amortização do ágio realizado pela MAN LTDA.

A fiscalizada, ao formalizar seus registros contábeis, societários e fiscais de forma a dar uma aparência de correção ao montante do ágio amortizado tributariamente, pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Age, portanto, com dolo, justificando a qualificação da multa nos termos da própria Lei nº 9.430, de 1996.

A turma a quo, entendeu que a aplicação da multa em valor duplicado pela fiscalização não foi correta. Para os julgadores as operações analisadas nos presentes autos não foram tidas como simuladas ou inexistentes, sendo que a conduta do Contribuinte apenas impede a dedução fiscal do ágio, mas não autoriza a qualificação da penalidade. Vale aqui a transcrição do respectivo trecho do voto do relator:

Portanto, a qualificação (duplicação) da multa não decorre de nova infração.

Ela surge quando a falta de pagamento ou recolhimento, a falta de declaração ou a declaração inexata estiver associada a uma das condutas típicas definidas como sonegação, fraude ou conluio. Tais condutas supõem a inequívoca constatação de dolo, elemento essencial do tipo, no seu mais puro sentido penal. Nas palavras de Marco Aurélio Greco:

Se não houve intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável, não se trata de caso regulado pelo § 1º do artigo 44, mas de divergência na qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude e da sonegação a que se referem os dispositivos para os quais o § 1º remete.

A fraude penal não se confunde com a fraude à lei (ou fraude civil) acima invocada. Nesta última, o contribuinte enquadra sua conduta numa norma, mas vem o Fisco e o faz em outra. É um problema de qualificação jurídica. Por sua vez, a fraude penal, assim como a sonegação, são condutas típicas do direito penal também caracterizadas como crimes contra a ordem tributária (artigos 1º e 2º, I, da Lei nº 8.137/90). Tanto é que o § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 ressalva a aplicação de outras penalidades criminais.

Quanto à sonegação, não há dúvidas. Só se concretiza depois de ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. Isso porque sua hipótese prevê uma conduta voltada para impedir ou retardar o “conhecimento”, pelo Fisco, “da ocorrência do fato gerador” ou “das condições pessoais de contribuinte”.

A fraude, por outro lado, suscita mais dúvidas. A redação do artigo 72 da Lei nº 4.502/64 pode ser dividida em duas partes.

Na primeira parte, tem-se as condutas de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. “Impedir ou retardar” é diferente de “não realizar”. Nos casos de planejamentos tributários, o contribuinte julga que sua conduta é alcançada por outro enquadramento legal e não pela hipótese do fato gerador. Como ensina Marco Aurélio Greco, essa parte do dispositivo legal tem sua aplicação restrita às situações em que “tiverem sido realizados atos que, substancialmente, representem o núcleo da definição do fato gerador, de modo que a sua ‘ocorrência’ seja mera etapa subsequente, e quase que inexorável, a introdução pelo contribuinte (ou outrem) de atos ou omissões que não permitam o aperfeiçoamento daquele fato gerador que iria ocorrer”. Afinal, só se impede ou se retarda algo que está em curso.

Na segunda parte, quando há alusão a excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador, novamente, tem-se condutas que só se concretizam depois que este tenha ocorrido. É que só se pode excluir ou modificar algo que já exista.

Há poucas linhas, firmou-se que o conceito de simulação pode ser orientado pelo vício de vontade ou pelo vício de causa. São duas situações claramente distintas.

Na simulação por vício de vontade, há o requisito do falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes declaram algum aspecto que seja falso, portanto, uma vontade aparente ou simulada (simulação absoluta), ou algum aspecto que tem por objeto encobrir outro de natureza diversa, portanto, uma vontade aparente ou simulada que encobre uma vontade real ou dissimulada (simulação relativa ou dissimulação). Trata-se, com efeito, das hipóteses em que se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais. Estamos fora do campo dos planejamentos tributários propriamente ditos.

Por outro lado, na simulação por vício de causa, situações em que se verificam os planejamentos tributários inoponíveis ao Fisco, inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes deixam às claras as formas jurídicas empregadas.

No presente caso, a fiscalização sustenta a qualificação da multa com base na imputação de conduta dolosa ao planejamento tributário engendrado. Mas, não aponta qualquer falseamento ou manipulação de aspectos relevantes nessa situação.

Nada obstante, como já exposto, se isso não aconteceu, não posso concordar com a qualificação da conduta nas figuras da sonegação ou da fraude penais. A aquisição de participação societária pela empresa veículo está maculada pelo vício da causa. Mas daí não decorre que houve falsidade material na sua execução. Muito menos que houve conduta concretizada após a ocorrência do fato gerador (sonegação ou segunda parte da fraude) ou conduta concretizada no iter formativo do fato gerador (primeira parte da fraude).

Por tais razões, afasto a qualificação das multas aplicadas.

Penso que bem decidiu a Turma em relação à não qualificação da multa.

Penso que as condutas passíveis de serem enquadradas como fraude, nos termos do artigo 72, da Lei 4.502/64 são aquelas evadas de dolo, pautadas em ações ou omissões que visem ocultar fatos ocorridos ou simular a ocorrência de fatos inexistentes, bem como na falsificação de informações.

No presente caso não se põe em questão a efetiva ocorrência da compra de participação societária, bem como o pagamento do preço respectivo.

Também não se põe em dúvida o valor efetivo do negócio realizado, o que demonstra que ágio de fato houve.

Em minha concepção o instituto doutrinário chamado propósito negocial vem sendo indiscriminadamente utilizado pelas fiscalizações, sem se observar os pormenores de cada situação.

O propósito negocial, cuja discussão no Brasil foi inicialmente atribuída ao Professor Marco Aurélio Greco, teve seus contornos delimitados com o fito de tratar qualquer operação que tivesse como objetivo principal a economia de tributos como inoponível ao fisco, admitindo-se a desconsideração de seus efeitos e a consequente cobrança dos tributos e multas.

Penso que essa posição deve ser vista com ressalvas, notadamente na presente hipótese em que o Contribuinte é induzido à organizar seu investimento através de uma sociedade brasileira, para competir em condições de igualdade com outros Contribuintes.

E é aí que a teoria do propósito negocial deve ser repensada, afinal, como um investidor não residente poderia se valer de tal incentivo, sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente? Como sociedades nacionais reguladas por órgãos específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outros propósitos?

E mais, como sociedades já atuantes no país, em determinado seguimento, que procuram ganhar mercado através de ampliação de seu portfólio de produtos e serviços, sem que tenha que integrar esse novo negócio numa mesma personalidade jurídica, poderiam aproveitar o nenefício.

Logo, essas e outras sociedades tiveram que planejar a forma como seria possível investir e aproveitar o incentivo da amortização do ágio, nas mesmas condições que sociedades sem restrições assim o poderiam.

Nesse contexto, penso que a economia de tributos é argumento válido para suportar o propósito negocial da operação.

Importante perceber que no presente caso, houvesse a empresa estrangeira sido incorporada pela brasileira a amortização do ágio não seria contestada.

Logo não há que falar sequer em dissimilação no presente caso, já que o negócio supostamente dissimulado teria os mesmos efeitos tributários do negócio realizado.

Por essas razões, entendo ser descabida a aplicação da multa qualificada, nos termos do artigo 44, §1º, da Lei 9.430/96.

Nesse contexto, voto por negar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional, quanto à essa matéria.

B.2) APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA

Com relação ao mérito da multa isolada, entendo que merece reforma o Acórdão *a quo*.

Primeiro, porque temos duas punições para duas condutas diferentes: a primeira, o não recolhimento do tributo devido; a segunda, a não observância das normas do regime de recolhimento antecipado sobre bases estimadas.

Segundo, porque a tese de que as multas isolada e de ofício, no presente caso, estariam incidindo sobre a mesma base, também, não deve prosperar, seja porque as bases não são idênticas, seja porque, ainda que idênticas, o *bis in idem* só ocorreria se as duas sanções fossem aplicadas pela ocorrência da mesma conduta, o que já ficou demonstrado que não ocorre.

Terceiro, porque considerando que a multa isolada é devida ainda que o Contribuinte apure prejuízo fiscal, ela é devida mesmo após encerrado o período de apuração.

Nesse contexto, adoto como razões de decidir, *mutatis mutandis*, o voto do Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, proferido no acórdão 1302-001.080, que ousou transcrever:

Das condutas infracionais diferentes

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.

Temos, então, duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas também diferentes. O art. 44 da Lei nº 9.430/96 (na sua redação vigente à época do lançamento) já albergava várias normas, das quais vale pinçar as duas sub examine: a decorrente da combinação do inciso I do caput com o inciso I do § 1º aplicável por falta de pagamento do tributo; e a decorrente da combinação do inciso I do caput com o inciso IV do § 1º – aplicável pela não observância das normas do regime de recolhimento por estimativa. Ora, a norma prevista da combinação do inciso I do caput com o inciso I do § 1º do art. 44 jamais poderia ser aplicada pela falta de recolhimento do IRPJ sobre a base estimada, então, como se falar em consunção, para que esta absorva a norma prevista da combinação do inciso I do caput com o inciso IV do mesmo § 1º.

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

Noutro ponto, refuto os argumentos expendidos no acórdão recorrido, os quais concluem 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.

Das diferentes bases para cálculos das multas

A tese de que as multas isolada e de ofício, no presente caso, estariam incidindo sobre a mesma base, também, não deve prosperar, seja porque as bases não são idênticas, seja porque, ainda que idênticas, o bis in idem só ocorreria se as duas sanções fossem aplicadas pela ocorrência da mesma conduta, o que já ficou demonstrado que não ocorre, se não vejamos.

A multa isolada corresponde a um percentual do IRPJ calculado sobre a base estimada, na qual o valor das despesas e custos decorrem de uma estimativa legal, ou seja, o legislador quando determina a aplicação de um percentual sobre a receita bruta, para o cálculo da base estimada, está, em verdade, estimando custos e despesas. A multa de ofício, in casu, corresponde a um percentual sobre o IRPJ calculado sobre o lucro real, na qual se leva em conta as despesas e custos efetivamente incorridos. Em suma, se a base estimada difere do lucro real, se são valores distintos, inclusive com previsões legais distintas, os impostos delas resultantes são também valores distintos e, conseqüentemente, as multas ad valorem que incidem sobre elas, também, são valores que não se confundem.

Todavia, ainda que as multas isolada e de ofício fossem calculadas sobre o IRPJ incidente sobre a mesma base de cálculo, isso não significaria um bis in idem, pois, como já asseverado acima, a ocorrência de uma infração não importa necessariamente na ocorrência da outra, o que torna irrefutável que as infrações decorrem de condutas diversas. O contribuinte pode ter recolhido todo o IRPJ devido sobre a base estimada em cada mês do ano-calendário e não recolher a diferença calculada ao final do período, ficando sujeito assim a multa de ofício, mas não a multa isolada. Ao contrário, pode deixar de recolher o IRPJ sobre a base estimada, mas pagar, ao final do ano, todo o IRPJ sobre o lucro real, hipótese na qual só ficará sujeito à multa isolada.

A definição da infração, da base de cálculo e do percentual da multa aplicável é matéria exclusiva de lei, nos termos do art. 97,

V do CTN, não cabendo ao intérprete questionar se a dosimetria aplicada em tal e qual caso é adequada ou excessiva, a não ser que adentre a seara da sua constitucionalidade, o que está expressamente vedado pela Súmula CARF nº 2.

Da redação original do art. 44, § 1º, IV, da Lei 9430/96

Adite-se ainda, que o legislador dispôs expressamente, já na redação original do inciso IV do § 1º do art. 44, que é devida a multa isolada ainda que o contribuinte apure prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa ao final do ano, deixando claro, assim, que:

a) primeiro, que estava se referindo ao imposto ou contribuição calculado sobre a base estimada, já que em caso de prejuízo fiscal e base negativa, não há falar em tributo devido no ajuste; e

b) segundo, que o valor apurado como base de cálculo do tributo ao final do ano é irrelevante para se saber devida ou não a multa isolada; e

c) terceiro, que a multa isolada é devida ainda que lançada após o encerramento do ano-calendário, já que pode ser lançada mesmo após apurado prejuízo fiscal ou base negativa.

Da negativa de vigência de lei federal

Peço vênha aos meus pares, para expressar minha profunda discordância com as referidas posições adotadas por este Colegiado: Entendo que tais posicionamentos têm, em verdade, por via oblíqua, negado vigência a uma lei federal, pois afrontam literalmente o disposto nos art. 2º e 44, § 1º, IV, da Lei no 9.430/96 (vigente à época do lançamento) e no art. 35 da Lei 8.981/95. É demais imaginar que se coaduna com os mais mezinhos princípios do direito a permissão dada ao contribuinte, por tais decisões, para, em janeiro de um determinado ano-calendário, decidir se obedece ou não o art. 2º e segs. da Lei no 9.430/96. Em outras palavras, os referidos posicionamentos deste Colegiado desnaturam a norma tributária tornando-a uma norma facultativa, já que a sua não observância não traz, à luz de tais posicionamentos, qualquer consequência jurídica.

Nesse contexto, voto por dar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional, para manutenção da multa para períodos de apuração ocorridos após a alteração da Lei 9.430/96, pela MP 351/07, convertida na Lei 11.488/07, ou seja, períodos de apuração ocorridos de 2007, inclusive, em diante.

Nesse contexto, voto por dar parcial provimento ao Recurso da Fazenda Nacional, para entender como válida a cobrança da multa isolada.

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator designado.

Não obstante o substancial voto o I. conselheiro, peço vênias para discordar em relação ao mérito, sobre as matérias:

- despesa de amortização de ágio - utilização de holding (“empresa veículo”) detida por investidor estrangeiro para amortização do ágio - recurso especial da Contribuinte;

- qualificação da multa de ofício - recurso especial da PGFN;

- repercussão da glosa de despesa de amortização de ágio na Base de Cálculo da CSLL - recurso especial da Contribuinte.

Passo ao exame.

I - Despesa de Amortização de Ágio - RE da Contribuinte

Para a devida apreciação da matéria despesa de amortização de ágio - utilização de holding (“empresa veículo”) detida por investidor estrangeiro para amortização do ágio, propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

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.

Interessante 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 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 ¹. 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 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.

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

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)

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 ².

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 ³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁴ 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

² Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

³ 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.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 ⁵ 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 incorporadora (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

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

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

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

⁵ 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.

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 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 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 subsequentes 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.

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 ⁶.

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.

⁶ 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).

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

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

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

Tratam-se de operações **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.

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

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 nº 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):

(...)

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 ATALIBA⁷.

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 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).

⁷ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre 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. SCHOUERI⁸, 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.

⁸ SCHOUERI, 2012, p. 62.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam *a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

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 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.

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Trata-se da alienação do investimento VWCO, pela alienante VIF (sede na Holanda), para a adquirente MAN AG (sede na Alemanha).

Em 16/03/2009, foi efetuada a transação. A MAN AG, investidora, valeu-se de empresa "holding" situada no Brasil, MAN S/A, transferindo recursos para a aquisição da VWCO, no qual foi apurado ágio no montante de 2,5 bilhões de reais.

Consolidou-se estrutura societária no qual a MAN AG era controladora da MAN S/A, e a MAN S/A controladora da VWCO.

Na sequência, 30/11/2009, a VWCO incorpora a MAN S/A, e passa a amortizar o ágio, porque entendeu a Contribuinte que se consumaria a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

O que se observa é que tal interpretação não encontra amparo na legislação.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item 8 do voto).

Quanto ao aspecto **pessoal**, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

A pessoa jurídica **investidora** é a MAN AG que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento (participação societária da Contribuinte) com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. Independente de a empresa estar localizada no Brasil ou no exterior (como é o caso concreto), fato é que deveria ter participado do evento de incorporação.

Registre-se que o fato de os recursos para aquisição do investimento terem passado de **maneira efêmera** pela MAN S/A ("holding" no Brasil) **não lhe conferem a condição de investidora** exigida pela legislação. É incontestável que foi a MAN AG a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do presente tópico).

E, como visto, o evento de incorporação não contou com a participação da MAN AG, ou seja, não estava presente a pessoa jurídica **investidora**. O evento contou com a presença da MAN S/A ("holding", denominada "empresa veículo") e da VWCO (investimento).

Na mesma medida, deixou de ocorrer a comunicação do patrimônio entre investidor e investida, razão pela qual não se consumou o aspecto material.

O que se observa é que a utilização da empresa MAN S/A tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a pessoa jurídica investidora (MAN AG) do evento de incorporação.

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Tal aspecto já justifica na integralidade, por si só, a manutenção da autuação fiscal.

Mas vale dizer que o caso em tela retrata, com nitidez, **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (**item 6** do presente tópico). Resta evidente o deliberado intuito de **fabricar uma despesa** com repercussão na base tributável. As transações ocorreram mediante utilização de empresa sem substância, de "prateleira", a MAN S/A.

Vale transcrever excerto do voto da DRJ (e-fls. 3498):

129. As apurações feitas pela fiscalização demonstram que todas as etapas do processo foram antecipada e cuidadosamente planejadas, tendo sido constituída uma empresa veículo especificamente para permitir a amortização do ágio. Resta

claro que as pessoas envolvidas nas operações, incluindo a impugnante, agiram com a intenção livre e consciente de se eximir da tributação, promovendo alterações contratuais apenas sob aspecto formal, sem qualquer propósito negocial.

130. As operações foram estruturadas de modo a criar artificialmente situações que se enquadrariam nos artigos 385 e 386 do RIR/99, possibilitando a amortização do ágio na impugnante.

131. O motivo primordial da incorporação da MAN S/A pela impugnante (MAN Ltda) e das etapas que a precederam, situa-se no campo tributário. A aquisição da empresa veículo MAN S/A, antiga PRC SPE ("holding"), para a realização da aquisição e pagamento formal, com ágio, pelo controle da empresa operacional VWCO (atual MAN LTDA). Posteriormente, a MAN S/A foi incorporada pela empresa operacional MAN LTDA. Tudo isso apenas para fornecer uma aparência de conformidade ao direito, quando o contexto evidencia o fim prático a que o negócio se destinava: a internalização de um ágio transacionado entre empresas localizadas no exterior pago de fato pela sociedade MAN AG (alemã) à VIF (holandesa) e transferido para a subsidiária integral MAN LTDA (nacional) objetivando uma redução do pagamento de tributos através da posterior dedução da amortização desse ágio e a conseqüente capitalização da economia tributária alcançada. Os motivos extratributários alegados não são suficientes para afastar o fim a que o conjunto das operações realizadas visava, que era a dedução das despesas relativas à amortização do ágio.

Portanto, deve ser mantida a autuação fiscal em relação ao ágio. A utilização de empresa intermediária (MAN S/A) afasta a possibilidade de atendimento dos aspectos pessoal e material da norma.

Nesse sentido, deve-se **negar provimento ao recurso especial** da Contribuinte.

II - Qualificação da Multa de Ofício - RE da PGFN

Em razão das operações descritas no tópico anterior, protesta a PGFN pelo restabelecimento da qualificação da multa de ofício (150%) imputado pela autoridade fiscal.

Como já visto no item anterior, a utilização da MAN S/A, empresa sem substância, deu-se de maneira deliberada para construir artificialmente a hipótese de incidência que permitiria o aproveitamento da despesa.

Vale reproduzir excertos do Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 3189/3140):

No caso presente, a intenção das operações realizadas foi, claramente, o aproveitamento indevido do ágio nos resultados na MAN LTDA com a dedução dos encargos de amortização desse ágio, através de atos elaborados em curto espaço de tempo, os quais tiveram a função de distorcer o resultado fiscal

que se daria naturalmente caso as partes não engendassem elaborado planejamento.

O que se verificou na prática acima exposta é que o contribuinte, de forma elaborada, buscou uma construção artificial e que teve como intuito dificultar a análise por parte da fiscalização do real motivo para a reorganização societária.

(...)

A fiscalizada, ao formalizar seus registros contábeis, societários e fiscais de forma a dar uma aparência de correção ao montante do ágio amortizado tributariamente, pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Age, portanto, com dolo (...)

O *plus* na conduta é evidente, com eventos mediante utilização de empresa artificial e em breve lapso temporal, ultrapassando o tipo objetivo da norma tributária. Não se trata de mero descumprimento do dispositivo legal. Verifica-se a presença dos elementos cognitivo e volitivo, consumando-se o dolo, cuja definição é apresentada com clareza por CEZAR ROBERTO BITENCOURT⁹:

O dolo, elemento essencial da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento, é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele.

Sobre o elemento cognitivo, BITENCOURT¹⁰ discorre com didática:

Para a configuração do dolo exige-se a consciência daquilo que esse pretende praticar. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada

Sobre o elemento volitivo, são claros os ensinamentos¹¹:

A vontade, incondicionada, deve abranger a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexo causal. A vontade pressupõe a previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente.

Presentes, sem sombra de dúvidas, os elementos volitivo e cognitivo. Flagrante se mostra o dolo.

Cabe, portanto, ser restabelecida a qualificação da multa de ofício.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, volume 1, 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 267.

¹⁰ BITENCOURT, 2007, p. 269.

¹¹ BITENCOURT, 2007, p. 269.

Assim, deve ser **dado provimento ao recurso especial da PGFN**.

III - Repercussão da Glosa de Despesa de Amortização de Ágio na Base de Cálculo da CSLL. RE da Contribuinte.

Protesta a Contribuinte sobre a repercussão de glosa de despesa de amortização de ágio na Base de Cálculo da CSLL.

Há que se buscar a interpretação sistêmica da legislação tributária, sob pena de incorrer em contradições.

Toda a construção empreendida pelo Decreto-lei nº 1.598, de 1977, encontra-se em consonância com a edição no ano anterior (1976) da Lei nº 6.404 ("lei das S/A"), no qual se buscou modernizar os conceitos de contabilização de investimentos decorrentes de participações societárias, inclusive com a adoção do método de equivalência patrimonial (MEP).

Foram tratados três momentos cruciais para o investidor, nascimento, desenvolvimento e fim do investimento, respectivamente delineados: (1) o da aquisição do investimento, normatizando-se a figura do "ágio", que consiste no sobrepreço pago na aquisição, e (2) o momento em que o investimento gera frutos para o investidor, ou seja, a empresa adquirida gera lucros; e (3) e desfazimento do investimento.

Em relação ao segundo momento (desenvolvimento do investimento), a interpretação integrada dos dois diplomas normativos consolidou a construção de sistema no qual os resultados de investimentos em participações societárias pudessem ser devidamente refletidos no investidor, por meio do MEP, e ao mesmo tempo, não fossem objeto de bitributação. Isso porque, em se considerando estritamente os lançamentos contábeis, os resultados da investida seriam refletidos no investidor, fazendo com que tanto na investida quando no investidor fossem apuradas receitas operacionais que, em tese, integrariam o lucro líquido e a base de cálculo tributável. Por isso, determinou-se que o investidor poderia efetuar ajuste, no sentido de excluir da base de cálculo tributável os resultados positivos auferidos pela investida.

É o que prescreve o art. 22 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, quando determina o procedimento a ser adotado pelo investidor ao final de cada exercício: *o valor do investimento na data do balanço (...), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento*. Caso tenha apurado resultado positivo, lançamento a débito na conta de investimento e a crédito em conta de resultado (receitas de equivalência patrimonial), com repercussão na base tributável.

Tal repercussão é neutralizada logo no artigo seguinte (art. 23), ao predicar que *a contrapartida do ajuste por aumento do valor de patrimônio líquido do investimento não será computada no lucro real (...)*. Assim, o crédito em conta de resultado seria excluído na apuração do lucro real.

Com a criação da CSLL, a Lei nº 7.689, de 1988, discorreu sobre ajuste na base de cálculo para fins fiscais, e determinou pela *exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido* (art. 2º, § 1º, alínea "c", item 1).

Restou, nesse momento, nítida, clara e transparente, a **convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL**, no que concerne às operações decorrentes de participações societárias e os correspondentes resultados auferidos.

A preocupação do legislador em compatibilizar a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante a operacionalização de ajustes no lucro líquido, é evidente.

Portanto, não há nenhum sentido entender que, para as operações societárias relativas ao primeiro momento (aquisição do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), poder-se-ia aplicar um entendimento diferente daquele relativo ao segundo momento (desenvolvimento do investimento).

Em relação ao terceiro momento (desfazimento do investimento), predica a norma que na alienação do investimento, o valor do ágio deverá ser considerado, na apuração da base de cálculo tributável (art. 25 e 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977).

E, **em conexão indissociável** com o segundo momento (desenvolvimento do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), o primeiro momento (nascimento do investimento) trata da aquisição do investimento que, se for realizada com sobrepreço, implica na contabilização desse valor a maior em conta específica. É o que diz o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ao determinar nos incisos I e II que o custo de aquisição deveria ser desdobrado em (I) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (II) ágio ou deságio na aquisição. Por isso que, apesar da disposição no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ser no sentido de que as contrapartidas da amortização do ágio não seriam computadas na determinação do lucro real, **não há nenhum sentido em se considerar que tal ajuste não se aplica para fins de apuração da Base de Cálculo da CSLL. Repito: o que se observa é a convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

Os motivos apresentados até o momento são suficientes para demonstrar que a glosa de despesa de amortização do ágio tem repercussão tanto para a apuração da base de cálculo do IRPJ quanto da CSLL.

Contudo, caso ainda haja alguma contestação sobre tal entendimento, cabem considerações complementares.

Não se pode esquecer que o **ágio** é despesa, submetida a amortização.

Logo, encontra-se a despesa do ágio submetida ao **regramento geral das despesas** disposto no art. 47, da Lei nº 4.506, de 1964, base legal para o art. 299 do RIR/99:

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.

Por sua vez, o art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe:

*Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, **independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506**, de 30 de novembro de 1964: (Grifei)*

A interpretação dada ao dispositivo pelo Conselheiro Marcos Pereira Valadão, no Acórdão nº 9101-002.396, é didática e esclarecedora:

Assim, o texto legal acima transcrito evidencia claramente o vínculo entre a apuração da base cálculo da CSLL e os referidos requisitos para a dedutibilidade de despesas, do contrário não faria nenhum sentido a ressalva contida no texto. Com efeito, se o texto diz que para uma determinada situação deve se aplicar "A" independentemente de "B", é porque "B" também é aplicável àquela mesma situação.

Nessa perspectiva, as regras de dedutibilidade de despesas previstas no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, aplicam-se tanto ao IRPJ quanto à CSLL.

A redação do art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe claramente sobre hipóteses de despesas indedutíveis **tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, incluindo expressamente as situações** previstas no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964.

Sendo a despesa de amortização de ágio submetida ao regramento geral das despesas operacionais, não há que se falar em ausência de previsão normativa para a sua adição à Base de Cálculo da CSLL.

No mesmo contexto, encontra-se a redação do art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, mencionada pela autoridade fiscal:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

Pela expressão **normas de apuração** entende-se o cômputo do *quantum* tributável, o procedimento consistente em determinar a base de cálculo do tributo, mediante operações de soma e diminuição de valores. Ou seja, precisamente a discussão dos presentes autos. Pelo dispositivo, resta mais evidente que repercussão dos ajustes efetuados para apuração da base de cálculo do IRPJ para a CSLL.

Nesse contexto, entendo não haver reparos ao procedimento adotado pela autoridade fiscal ao promover a glosa de despesa de amortização de ágio tanto para o IRPJ quanto para a CSLL.

Processo nº 16561.720086/2013-06
Acórdão n.º **9101-003.275**

CSRF-T1
Fl. 4.699

Portanto, deve ser negado provimento ao recurso especial da Contribuinte em relação à matéria.

IV. Conclusão.

Diante do exposto, voto no sentido de (i) **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte, e (ii) **dar provimento** ao recurso especial da PGFN.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura