



| | |
|--------------------|--------------------------------|
| PROCESSO | 16561.720091/2020-30 |
| ACÓRDÃO | 9101-007.553 – CSRF/1ª TURMA |
| SESSÃO DE | 7 de abril de 2026 |
| RECURSO | ESPECIAL DO CONTRIBUINTE |
| RECORRENTE | RAIZEN CENTRO-SUL PAULISTA S/A |
| INTERESSADO | FAZENDA NACIONAL |

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2015, 2016

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. CONTEXTOS FÁTICOS JURÍDICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencia decisão em contexto fático distinto, concernente à contratação da dívida pela pessoa jurídica interposta antes da aquisição, e não em face de transferência de dívida contraída pela adquirente, juntamente com o ágio pago na aquisição do investimento, para dedução contra o resultado da investida.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DO INVESTIMENTO PARA TERCEIRO QUE PARTICIPA DA INCORPORAÇÃO COM A INVESTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO.

Para dedução fiscal da amortização de ágio é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não encontra amparo legal, portanto, a dedução do ágio recebido, por transferência da real investidora, pela pessoa jurídica que participa da operação de incorporação com a investida.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2015, 2016

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: i) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial quanto as matérias “despesas de amortização de ágio” e “inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício”; e ii) por voto de qualidade, não conhecer da matéria “despesas financeiras com juros”, vencidos os Conselheiros Jandir José Dalle Lucca (relator), Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Helder Jorge dos Santos Pereira Junior e Semíramis de Oliveira Duro que votaram pelo conhecimento. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos: (a) quanto à matéria “despesas de amortização de ágio”, os Conselheiros Jandir José Dalle Lucca (relator), Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Helder Jorge dos Santos Pereira Junior e Semíramis de Oliveira Duro que votaram por dar provimento; e b) relativamente à matéria “inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício”, os Conselheiros Jandir José Dalle Lucca (relator), Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Helder Jorge dos Santos Pereira Junior que votaram por dar provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic.

Assinado Digitalmente

Jandir Jose Dalle Lucca – Relator

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Assinado Digitalmente

Carlos Higino Ribeiro de Alencar – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Lizandro Rodrigues de Sousa (substituto integral), Jandir Jose Dalle Lucca, Semiramis de Oliveira Duro e Carlos Higino Ribeiro de Alencar (Presidente).

RELATÓRIO

1.Trata-se de Recurso Especial interposto por RAIZEN CENTRO-SUL PAULISTA S/A (nova denominação de BIOSEV BIOENERGIA S/A) em face do Acórdão nº 1401-006.944, de 13.05.2024, via do qual se decidiu, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e, em relação ao recurso voluntário, afastar as arguições de nulidade do auto de infração para, no mérito, (i) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação às glosas de despesas financeiras e às glosas de despesas com amortização de ágio; e, (ii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso em relação à multa isolada pelo recolhimento a menor de estimativas.

2.O litígio versa sobre autos de infração de IRPJ e CSLL lavrados em decorrência de glosas de despesas com (1) amortização de ágio e (2) despesas financeiras (juros sobre empréstimos), incorridas pela Recorrente nos anos-calendário 2015 e 2016, com acréscimo de juros e multa de ofício, além de multa isolada pela insuficiência de recolhimento de estimativas mensais.

3.As infrações apuradas se relacionam com a estrutura de reorganização societária envolvendo a aquisição da Companhia Açucareira Vale do Rosário (atual BIOSEV) pelo Grupo Santa Elisa, por meio da empresa B5 S/A. A fiscalização identificou que o ágio gerado nessa aquisição foi transferido para uma empresa intermediária (CESE - Companhia Energética Santa Elisa), que posteriormente foi incorporada pela própria Vale do Rosário, permitindo que a empresa adquirida amortizasse o ágio pago por sua própria aquisição. Segundo a autoridade fiscal, essa estrutura não atenderia aos requisitos legais para dedutibilidade da amortização do ágio, uma vez que não houve a necessária "confusão patrimonial" entre a real investidora (B5) e a investida (Vale do Rosário). A fiscalização entendeu que a CESE funcionou como empresa veículo, e que a legislação tributária exige que a incorporação ocorra entre a pessoa jurídica que efetivamente adquiriu a participação societária com ágio e a empresa adquirida, o que não se verificou no caso concreto.

4.Adicionalmente, a fiscalização glosou despesas financeiras decorrentes do empréstimo originalmente contraído pela B5 junto ao Banco Bradesco para financiar a aquisição da Vale do Rosário. Essas despesas foram consideradas indedutíveis por não atenderem aos

requisitos de necessidade, normalidade e usualidade previstos no artigo 299 do RIR/99, já que a dívida foi sucessivamente transferida até chegar à própria empresa adquirida, que passou a deduzir juros relativos ao financiamento de sua própria aquisição.

5.O colegiado de 1ª instância houve por bem, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte a impugnação, limitando-se a revisar quantitativamente parte das glosas que impactaram os prejuízos fiscais do IRPJ e as bases negativas da CSLL dos anos-calendário de 2015 e 2016, sem, contudo, alterar o núcleo jurídico da autuação. O acolhimento não envolveu as teses principais da contribuinte sobre a validade da amortização do ágio, tampouco afastou as conclusões da fiscalização quanto à utilização de empresa veículo e à reorganização societária realizada com finalidade de aproveitamento fiscal do ágio. A DRJ reconheceu que, embora a fiscalização estivesse correta ao glosar as despesas estruturais relacionadas ao financiamento e à amortização do ágio, parte das despesas inicialmente enquadradas como indedutíveis não poderia ser desconsiderada de forma integral, por apresentar vínculo com a atividade operacional da empresa. Assim, entendeu que a glosa originária foi, em determinados pontos, excessivamente abrangente, alcançando despesas que, embora questionadas pela fiscalização, possuíam caráter usual, normal e necessário à manutenção da fonte produtora.

6.Com base nessa avaliação, a DRJ promoveu a recomposição parcial dos prejuízos fiscais e das bases negativas da CSLL, uma vez que, em relação a determinados lançamentos, a contribuinte conseguiu demonstrar o nexo entre o dispêndio e sua atividade empresarial, ao passo que a fiscalização não logrou comprovar, de modo suficientemente robusto, a total ausência de necessidade dessas despesas. Houve, portanto, prevalência da prova apresentada pelo contribuinte em relação a parcelas específicas das glosas, o que levou ao cancelamento parcial da redução dos prejuízos fiscais inicialmente promovida pelos autos de infração. Foi justamente em razão dessa exoneração parcial que se configurou a necessidade de interposição de recurso de ofício.

7.Já o aresto recorrido se encontra assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2015, 2016

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DO INVESTIMENTO PARA TERCEIRO QUE PARTICIPA DA INCORPORAÇÃO COM A INVESTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO.

Para dedução fiscal da amortização de ágio é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não encontra amparo legal, portanto, a dedução do ágio recebido, por transferência da real investidora, pela pessoa jurídica que participa da operação de incorporação com a investida.

DESPESA OPERACIONAL

São operacionais as despesas não computadas nos custos, usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, desde que necessárias à sua atividade e à manutenção da respectiva fonte produtora.

MULTA REGULAMENTAR

As penalidades são cobradas em função de dever de ofício e, em razão dos princípios da legalidade e da vinculação da autoridade fazendária, não podem ser relevadas nem mitigadas.

MULTA ISOLADA. ESTIMATIVAS MENSAIS DE IRPJ E CSLL. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. SÚMULA CARF Nº 105. INAPLICABILIDADE

A lei prevê expressamente aplicação da penalidade isolada no caso do descumprimento da obrigação de recolher o tributo estimado mensalmente, situação que se configura exatamente após o encerramento do exercício. Tal penalidade não se confunde com a multa de ofício aplicada sobre o saldo de imposto apurado ao final do exercício. As duas penalidades decorrem de fatos diversos que ocorrem em momentos distintos e a existência de um deles não pressupõe necessariamente a existência do outro. Inaplicável a Súmula CARF 105 aos fatos geradores ocorridos após o ano calendário 2007, por terem outro fundamento legal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2015, 2016

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

8. Cientificada da decisão, a empresa contribuinte, suscitando omissão e contradição, opôs os embargos de declaração de fls. 5493/5503, que foram rejeitados nos termos do despacho de fls. 5507/5515, e, ato contínuo, interpôs Recurso Especial, admitido pelo despacho de fls. 5976/5991 em relação às seguintes matérias:

- I. **Despesas de amortização de ágio (paradigmas 9101-006.363 e 1301-002.047);**
- II. **Despesas financeiras com juros (paradigma 1402-002.119); e**
- III. **Inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício (paradigmas 9101-006.363 e 1301-005.890).**

9. Para melhor compreensão, confirmam-se os seguintes excertos do despacho de admissibilidade:

1ª Divergência: Despesas de amortização de ágio

(...)

A similitude fática e jurídica entre os casos, assim como a divergência jurisprudencial entre eles, encontra-se suficientemente demonstrada pela recorrente.

Deixo de transcrever em maior extensão os argumentos da recorrente, na medida em que, verificando a veracidade dos argumentos acima expostos, constato que a CSRF, ao analisar o recurso especial da mesma recorrente envolvendo os mesmos fatos ora em debate (apenas que relativos à glosa da amortização do ágio nos anos de 2010 a 2014, enquanto os presentes autos tratam dos anos de 2015 e 2016), ao proferir o Acórdão nº 9101-006.363 (08/11/2022), já admitiu, na ocasião por unanimidade de votos¹, o **Acórdão nº 1301-002.047 (segundo paradigma)** como paradigma válido da divergência aqui alegada.

Adoto aqui, portanto, a análise do conhecimento do recurso especial empreendida no âmbito do Acórdão nº 9101-006.363, como se aqui transcrita estivesse.

Noutro giro, o próprio **Acórdão nº 9101-006.363**, ora apontado pela recorrente como **primeiro paradigma**), com mais razão, portanto, deve ser também admitido como

paradigma válido da divergência aqui alegada, pois a sua similitude fática com o caso presente é certamente maior do que a do Acórdão nº 1301-002.047 (segundo paradigma), e o seu resultado final é também diverso, pois a glosa da amortização do ágio no primeiro paradigma (ainda que à época por força da determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002) restou inteiramente cancelada.

Pelo exposto, deve ter seguimento o recurso com relação ao ponto.

2ª Divergência: Despesas financeiras com juros

(...)

A similitude fática e jurídica entre os casos, assim como a divergência jurisprudencial entre eles, encontra-se suficientemente demonstrada pela recorrente.

Deixo de transcrever em maior extensão os argumentos da recorrente no que diz respeito ao **Acórdão nº 1402-002.119** (primeiro paradigma), na medida em que, constato que a CSRF, ao analisar o recurso especial da mesma recorrente envolvendo os mesmos fatos ora em debate (apenas que relativos à glosa das despesas incorridas com juros nos anos de 2010 a 2014, enquanto os presentes autos tratam dos anos de 2015 e 2016), ao proferir o Acórdão nº 9101-006.363 (08/11/2022), já admitiu, na ocasião por unanimidade de votos², o referido acórdão como paradigma válido da divergência aqui alegada.

Adoto aqui, portanto, a análise do conhecimento do recurso especial empreendida no âmbito do Acórdão nº 9101-006.363 relativa a este paradigma, como se aqui transcrita estivesse.

Noutro giro, com relação ao **segundo paradigma (acórdão nº 1301-006.709)**, nada obstante o resultado final tenha se apresentado divergente do alcançado no caso presente, entendo que aquele caso apresenta peculiaridades fáticas específicas, sem nenhuma correspondência com o caso presente, que se mostraram sobremaneira relevantes para o alcance de suas conclusões. Não se trata apenas de saber se despesas financeiras para a aquisição das próprias ações de uma empresa atendem, ou não, aos requisitos de necessidade, usualidade, e normalidade.

Em primeiro lugar, vemos que a alegada indedutibilidade das despesas, naquele caso, estava atrelada a uma situação de “*compra alavancada*”, envolvendo a criação de uma *empresa específica com o objetivo de captar investimentos* para a compra da Tivit, e tendo esta captação se dado por meio de *debêntures*.

Ademais disso, pesou significativamente para a decisão paradigmática o fato de o colegiado ter entendido ser *indispensável* a criação da referida empresa específica para a captação de recursos (Dethalas), em razão de uma *impossibilidade legal* para que o fundo de investimento em participações no Brasil (“APX Brasil”) o fizesse.

Nada do acima exposto se assemelha ou possui correlação com o caso concreto.

Neste sentido, são os seguintes excertos do voto condutor do paradigma em questão:

Como visto acima, a operação que ensejou a glosa de despesas com amortização do ágio – bem como a glosa de suposto excesso de JCP e de despesas financeiras, objeto do recurso de ofício, como será tratado adiante – consistiu, basicamente, na (i) constituição, por investidores estrangeiros, de um fundo de investimento em participações no Brasil (“APX Brasil”), que (ii) adquiriu uma empresa brasileira (“DETHALAS”), recém-constituída e com capital social de R\$ 1.000,00, que, por sua vez, (iii) adquiriu, em etapas e com agio, a TIVIT, uma empresa brasileira de capital aberto.

Na primeira etapa da aquisição da TIVIT pela DETHALAS, a DETHALAS celebrou contratos de compra e venda das ações da TIVIT com alguns de seus sócios e efetuou o pagamento do preço com valores integralizados pelo APX Brasil, que, por sua vez, foram integralizados por seus investidores estrangeiros.

Na segunda etapa da aquisição da TIVIT pela DETHALAS, a DETHALAS emitiu debêntures, para captar parte dos recursos necessários para a aquisição das ações da TIVIT pertencentes a investidores não controladores. O restante do preço foi pago com os recursos anteriormente integralizados pelo APX Brasil.

Após a aquisição com ágio de 97,79% do capital da TIVIT pela DETHALAS, a DETHALAS foi incorporada pela TIVIT e a TIVIT passou a deduzir o ágio pago na operação, bem como as despesas financeiras decorrentes das debêntures outrora emitidas pela DETHALAS.

Ao analisar a operação, a Autoridade Fiscal entendeu que a emissão de debêntures não decorreu “de necessidade da operação de aquisição da TIVIT, mas em opção estratégica dos investidores...conhecida como aquisição alavancada, compra alavancada, ou leveraged buyout (LBO), [que] consiste em fazer com que a investida arque com parte dos custos incorridos pelos investidores em sua própria aquisição e que, ao mesmo tempo, os serviços da dívida para tanto assumida reduzam a carga tributária da investida”. Acrescenta que o financiamento não foi uma necessidade financeira da DETHALAS, posto que os investidos estrangeiros se comprometeram a suprir a compradora com os recursos financeiros necessários para fazer frente à aquisição das ações da TIVIT. Com isso, concluiu que a dívida era desnecessária e, em verdade, foi assumida pelo APX Brasil, o que viola a Instrução CVM nº 391/2003, que veda a contratação de empréstimo por fundos de investimento em participação.

[...]

De fato, como identificou a Autoridade Fiscal, a aquisição da TIVIT pela DETHALAS consistiu em uma compra alavancada, ou “leveraged buyout”, que ocorre quando uma empresa adquire participação societária em outra, utilizado, parcial ou totalmente, capital de terceiros. Esse tipo de operação, muito utilizada no mercado de private equity para aquisição de controle societário, segue um padrão comum, como explica Carlos Augusto Daniel Neto:

[...]

Assim, tendo em vista a impossibilidade de o APX Brasil contrair dívidas para a aquisição da TIVIT, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, a constituição da DETHALAS, a meu ver, foi indispensável para a realização da operação de compra alavancada. (negritei)

E, ainda que assim não fosse, não interessa ao Fisco se a DETHALAS tinha outras formas de arrecadar os valores necessários para fazer frente à aquisição da TIVIT ou se o empréstimo poderia ter sido contraído diretamente pelos cotistas do APX Brasil. A forma como as empresas se financiam é uma decisão estratégica, de natureza privada, que não pode ser desconsiderada pelo Fisco pelo simples fato de implicar, também, em vantagem tributária.

[...]

De acordo com a DRJ, a DETHALAS foi necessária para a obtenção do **empréstimo utilizado na aquisição da TIVIT, tendo em vista a impossibilidade do APX Brasil fazê-lo**, não cabendo ao Fisco ingerir sobre a forma de captação de recursos pela entidade, sob pena de ferir a liberdade de condução dos do contribuinte, constitucionalmente garantida. Acrescenta que não procede a alegação da Autoridade Fiscal de que o empréstimo foi formalmente

assumido pela DETHALAS exclusivamente para proporcionar economia fiscal, tendo em vista que os contratos relativos à captação de recursos foram celebrados com instituições financeiras totalmente independentes, razão pela qual são legítimos os juros correlatos. Por fim, concluiu, a partir da análise da legislação, que é legalmente admitida a dedução de encargos financeiros decorrentes de empréstimos para o financiamento de investimentos em sociedades controladas, razão pela qual entendeu como necessárias as despesas financeiras incorridas na operação. Confira-se:

[...]

Como tratado na análise do recurso voluntário da TIVIT, entendo que a DETHALAS foi indispensável para a captação dos recursos necessários à aquisição da TIVIT, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, não podendo o Fisco desconsiderar a forma de captação de recursos adotada pela empresa. Assim, tendo a DETHALAS validamente contraído empréstimos para a aquisição da TIVIT, igualmente válidos – e portanto, dedutíveis – são os juros correlatos.

Diante do exposto, não há reparos a fazer na decisão da DRJ no que se refere à exoneração do crédito tributário de IRPJ e CSLL e dos juros e multas correlatos com relação à infração de dedução das despesas financeiras.

Diante da dissimilitude fática substancial com relação a fato determinante para o alcance das conclusões obtidas no acórdão nº 1301-006.709, não se afigura demonstrada a divergência jurisprudencial alegada.

Contudo, **em face da demonstração da divergência com relação ao primeiro paradigma (Acórdão nº 1402-002.119)**, deve ter seguimento o recurso com relação a esta matéria.

3ª Divergência: Inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício

A similitude fática e jurídica entre os casos, assim como a divergência jurisprudencial entre eles, encontra-se suficientemente demonstrada pela recorrente, e de fato pode ser comprovada pelo simples confronto entre as ementas dos acórdãos paradigmas e do acórdão recorrido, aqui ao norte transcritas. A questão é de caráter eminentemente jurídico.

Em todos os casos (no recorrido e nos dois paradigmas) analisou-se a exigência fiscal de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, relativa a fatos geradores ocorridos após o advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, em concomitância à exigência da multa de ofício proporcional sobre o valor do tributo devido.

E, enquanto o acórdão recorrido manteve a exigência fiscal, os acórdãos paradigmáticos, em idêntica situação, cancelaram a referida exigência.

Demonstrada, portanto, a divergência jurisprudencial alegada quanto a esta matéria.

¹ Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

² Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

10.A PGFN apresentou contrarrazões às fls. 5993/6033, combatendo o conhecimento e o mérito do Recurso Especial.

11.É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Jandir José Dalle Lucca**, Relator

CONHECIMENTO

12.O Recurso Especial é tempestivo, conforme já atestado pelo despacho de admissibilidade de fls. 4217/4234, tendo sido admitido em relação às seguintes matérias:

- I. **Despesas de amortização de ágio, em face dos paradigmas nºs 9101-006.363 e 1301-002.047;**
- II. **Despesas financeiras com juros, em face do paradigma nº 1402-002.119; e**
- III. **Inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício, em face dos paradigmas nºs 9101-006.363 e 1301-005.890.**

13.A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sustenta que a Recorrente não teria se desincumbido adequadamente do ônus de demonstrar, de modo analítico, a existência de divergência entre órgãos julgadores sobre a mesma matéria.

14.Argumenta, também, que as decisões proferidas nos paradigmas indicados pela Recorrente se fundamentaram em contextos fáticos peculiares, distintos do apresentado nos autos em análise. A Procuradoria enfatiza que, muito embora a demonstração de divergência jurisprudencial não exija identidade de tributos, ela necessariamente demanda semelhança das situações fáticas confrontadas. No caso concreto, esta similitude não teria sido demonstrada.

15.Um aspecto particularmente relevante destacado pela PGFN é que, conforme a acusação fiscal, um dos motivos para o lançamento foi o laudo extemporâneo. O laudo apresentado para comprovar o fundamento do ágio em expectativa de rentabilidade futura não foi aceito por não ter sido elaborado antes de o ágio ser acordado entre as partes envolvidas na transação. Defende que este fundamento, por si só, inviabiliza a pretensão da Recorrente quanto à dedutibilidade do ágio em litígio e não foi corretamente contraposto pela parte interessada no momento oportuno.

16.Não obstante, verifica-se que a Recorrente cumpriu apropriadamente os requisitos formais para demonstração de divergência jurisprudencial. Quanto à demonstração analítica da divergência, o recurso apresenta de forma clara e detalhada o cotejo entre as teses jurídicas adotadas pelos acórdãos paradigmas e pelo Acórdão recorrido. A Recorrente transcreveu os trechos relevantes dos precedentes invocados, identificou precisamente as ementas e os

fundamentos utilizados, e demonstrou a contradição existente entre as interpretações jurídicas sobre a mesma matéria legal.

17.No que toca à extemporaneidade do laudo, este foi efetivamente um dos fundamentos utilizados pela fiscalização para glosar a amortização do ágio. A fiscalização sustentou que o laudo de avaliação elaborado pelo Banco Rabobank International Brasil S/A seria extemporâneo por ter sido preparado após a apuração do ágio. Segundo o TVF, o laudo teria sido formulado depois que o ágio foi registrado pela B5, quando o correto seria que a demonstração da expectativa de rentabilidade futura fosse contemporânea aos fatos, servindo efetivamente de base para fundamentar o sobrepreço pago na aquisição. A fiscalização argumentou que a legislação exige que a demonstração do fundamento econômico do ágio seja arquivada como comprovante da escrituração e deve estar lastreada em elementos de prova coerentes e adequados, elaborados no momento da operação. A extemporaneidade do laudo comprometeria sua idoneidade como prova do fundamento econômico que justificaria o ágio pago.

18.Entretanto, a decisão recorrida afastou implicitamente essa alegação de extemporaneidade. É o que se depreende do voto condutor proferido pelo Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, ao transcrever e adotar como razão de decidir os fundamentos do voto vencedor de lavra do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado no Acórdão nº 1302-002.724, envolvendo as mesmas operações, mas relativas a fatos geradores de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014, como se extrai do seguinte trecho:

*No caso em apreço, embora se reconheça que as operações geradoras do ágio, ou seja, a aquisição original da participação societária pela empresa B5, tenham se dado entre partes independentes, com efetivo pagamento, e que **o ágio surgido está amparado em laudo que atesta a sua fundamentação na rentabilidade futura da investida, o que legitima reconhecimento contábil do ágio efetivamente pago pela investidora** (empresa B5), o seu aproveitamento na forma encadeada pela recorrente não encontra amparo na legislação que autoriza a sua amortização antecipada.*

(original sem grifo)

19.Portanto, embora a extemporaneidade do laudo tenha sido um dos fundamentos invocados pela fiscalização para a glosa, esse argumento específico não prevaleceu na decisão recorrida.

20.No mais, a similitude fático-jurídica será examinada por matéria, nos tópicos seguintes.

DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

21.Quanto à primeira matéria ("**despesas de amortização de ágio**"), constata-se que o Acórdão recorrido (1401-006.944) e o primeiro paradigma (9101-006.363) apreciaram a mesma sequência de eventos societários envolvendo o Grupo Santa Elisa. Ambos analisaram a aquisição da Companhia Açucareira Vale do Rosário pela B5 S/A em 2007, de vendedores terceiros independentes, com pagamento de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura,

seguida da transferência do investimento para a CESE (Companhia Energética Santa Elisa), que posteriormente foi incorporada pela Vale do Rosário em janeiro de 2008.

22.A descrição fática contida no Termo de Verificação Fiscal transcrito no Acórdão recorrido coincide integralmente com a operação apreciada no paradigma. A estrutura operacional compreendeu a aquisição inicial pela B5 S/A pelo valor de R\$ 1.089.209.619,68, sendo R\$ 166.378.576,24 de custo e R\$ 947.187.762,90 de ágio, a posterior transferência desse investimento para a CESE mediante operações de reorganização societária que envolveram aumento de capital e transferência de ativos, e finalmente a incorporação da CESE pela Vale do Rosário, que passou a amortizar o ágio recebido.

23.A única diferença entre os processos reside nos anos-calendário objeto de fiscalização. O paradigma 9101-006.363 decorreu do processo administrativo 16561.720141/2016-01, que examinou a amortização do ágio nos anos-calendário de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014. O Acórdão recorrido 1401-006.944 envolveu a fiscalização relativa aos anos-calendário de 2015 e 2016. Esta distinção temporal não afeta a similitude fática porque ambas as fiscalizações glosaram a mesma despesa continuada de amortização do mesmo ágio gerado na mesma operação de aquisição ocorrida em 2007. Trata-se do mesmo valor de ágio de R\$ 947.187.762,90, que vinha sendo amortizado mensalmente desde abril de 2008 na razão de 1/120 avos por mês, conforme o prazo mínimo de sessenta meses estabelecido no artigo 386 do RIR/99.

24.A decisão recorrida inclusive adota como razão de decidir quanto à matéria de amortização de ágio a transcrição integral do voto vencedor do Acórdão 1302-002.724, que apreciou o recurso voluntário no processo 16561.720141/2016-01, posteriormente reformado pelo paradigma 9101-006.363. Ambos os julgados enfrentaram a mesma questão jurídica: verificar se a transferência do investimento adquirido com ágio da sociedade adquirente original (B5 S/A) para outra sociedade do mesmo grupo econômico (CESE), seguida da incorporação desta pela investida (Vale do Rosário), atende aos requisitos dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532, de 1997, e dos artigos 385 e 386 do RIR/99 para permitir a dedução fiscal da amortização do ágio. A decisão *a quo* manteve a glosa por considerar que não houve a necessária confusão patrimonial entre a investidora que efetivamente desembolsou recursos e a investida, caracterizando a CESE como empresa veículo interposta indevidamente na operação. O paradigma, ao contrário, cancelou a glosa por entender que a legislação não condiciona a amortização fiscal do ágio a uma aquisição original no grupo, permitindo transferências do investimento antes da incorporação.

25.As operações apreciadas são rigorosamente as mesmas, não havendo qualquer distinção fática relevante entre os casos. A divergência jurisprudencial está plenamente caracterizada, consistindo em interpretações opostas da mesma legislação aplicada à mesma cadeia de reorganização societária.

26.Quanto ao segundo paradigma (1301-002.047), que também foi admitido para configurar divergência jurisprudencial no primeiro paradigma (9101-006.363), há uma circunstância específica que foi determinante para a solução adotada pelo colegiado, mas que está

ausente no presente caso. Isso porque, o Acórdão paradigma não apenas reconheceu a licitude do uso de empresa veículo, mas também destacou que essa conclusão ficou especialmente reforçada porque a operação direta que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento encontrava intransponíveis óbices societários perante a CVM e regulatórios perante a ANEEL. Ou seja, o paradigma pautou-se nessa particularidade, indicando que a impossibilidade de realização da operação direta entre o investidor inicial e a investida foi elemento essencial para legitimar a operação lá analisada. Como essa circunstância específica não se verifica no presente caso, conclui-se que o paradigma não caracteriza satisfatoriamente o dissídio jurisprudencial. Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto da Declaração de Voto (vencido no ponto em questão), proferida pela Conselheira Edeli Pereira Bessa no próprio primeiro paradigma (9101-006.363¹):

Já o paradigma nº 1301-002.047, embora veicule em ementa que *não é ilícita a conduta do investidor que adquire indiretamente o investimento, com pagamento de ágio, e, a seguir, promove aumento de capital em outra empresa, integralizando-o com os investimentos previamente adquiridos, inclusive o ágio*, também traz, em adição a este entendimento ementado, que *essa conclusão fica especialmente reforçada na situação em comento, em que a operação "direta", que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento, encontrava intransponíveis óbices societários (CVM) e regulatórios (ANEEL)*. E esta circunstância específica é também referida no voto condutor do paradigma para legitimar a operação lá analisada:

Observo que a situação de uma “empresa veículo”, criada especialmente para permitir a aquisição de um investimento, é facilmente verificada nas operações de privatização. Há mesmo consenso de que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram editados com o objetivo de facilitar o processo de privatização de empresas estatais, permitindo às empresas investidoras recuperar parte do investimento mediante a redução da carga tributária, o que, como contrapartida, permitiria que os valores oferecidos ao Estado na aquisição das empresas estatais fossem maiores. Isso, sem prejuízo dos ativos intangíveis das estatais privatizadas. Vários foram os casos de amortização de ágio no processo de privatização analisados por este CARF, sendo as conclusões no sentido de sua legitimidade, não obstante o uso de “empresas veículo”. Cumpre lembrar que o conjunto das operações sob análise foi praticado no contexto do Programa de Desestatização do Governo do Estado de São Paulo.

Ademais, a recorrente refuta que as operações, em especial no que toca à ISA PARTICIPAÇÕES, tenham tido propósito exclusivamente de economia tributária. Acrescenta que a CTEEP, como empresa de transmissão de energia elétrica se sujeita à regulação pela ANEEL e, como companhia aberta, às normas da CVM. Ao contrário do que afirma a autuação, sua alegação é de que, na forma simplificada pretendida pelo Fisco, a reorganização encontraria obstáculos legais intransponíveis. Confira-se (fls. 1948 e segs.):

[...]

Tenho por válidas as motivações extratributárias apontadas pela recorrente como impeditivas para que o negócio se fizesse pela via mais simples. O uso de “empresa veículo”, por si só, é insuficiente para desqualificar a via adotada pela interessada, a qual, ressalto, não é vedada pela legislação. Essa conclusão fica especialmente

¹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

reforçada na situação em comento, em que a operação "direta", que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento, encontrava óbices societários (CVM) e regulatórios (ANEEL).

Ainda que o relator do paradigma destaque no voto condutor do julgado que o uso de "empresa veículo", por si só, é insuficiente para desqualificar a via adotada pela interessada, e reforce, na sequência, a validade da operação em razão de "o investidor inicial" se encontrar no Brasil, no arremate desta argumentação consigna-se, novamente, que *relewa lembrar a impossibilidade da operação direta entre o "investidor inicial" e a investida*. Logo, resta patente que esta circunstância, ausente no presente caso, foi determinante para a solução adotada pelo outro Colegiado do CARF.

27.Dessa forma, reconheço a dissidência jurisprudencial exclusivamente em face do paradigma 9101-006.363.

DESPESAS FINANCEIRAS COM JUROS

28.O Acórdão recorrido manteve a glosa de despesas financeiras fundamentando-se na premissa de que o empréstimo contraído pela B5 S/A para aquisição da participação societária na Vale do Rosário teria sido transferido ao patrimônio da própria Vale do Rosário mediante operação societária envolvendo empresa veículo denominada CESE. Segundo a decisão recorrida, tais despesas seriam indedutíveis porque desnecessárias à atividade da empresa adquirida, uma vez que nenhuma companhia necessitaria contrair dívida para financiar a aquisição de si mesma por terceiros. Sustentou-se que a dedutibilidade não seria atributo intrínseco da despesa, devendo ser aferida em confronto com o objeto social e as atividades produtivas da pessoa jurídica que pretende deduzi-la.

29.O paradigma 1402-002.119 examinou situação factualmente análoga envolvendo a aquisição do Atacadão por controladores estrangeiros. Naquela operação, o grupo Carrefour estruturou a aquisição mediante aportes de capital e empréstimos direcionados a uma sociedade veículo denominada Korcula, especificamente constituída para a operação. Esta sociedade adquiriu o Atacadão e posteriormente foi incorporada pela própria adquirida. Em consequência desta incorporação reversa, as despesas financeiras decorrentes dos empréstimos passaram a impactar o resultado tributável da empresa adquirida. A fiscalização havia glosado integralmente tais despesas sob o argumento de que a sociedade veículo teria sido utilizada com o único intuito de permitir a dedutibilidade de despesas que originalmente pertenciam aos verdadeiros adquirentes.

30.A similitude entre as operações revela-se inequívoca. Em ambos os casos, verificou-se a existência de grupo econômico que promoveu aquisição de determinada sociedade mediante estruturação envolvendo sociedade veículo. Nos dois cenários, recursos financeiros foram mobilizados pelos controladores para viabilizar a aquisição, com parte destes recursos sendo obtida mediante operações de mútuo. As despesas decorrentes destes empréstimos foram posteriormente transferidas ao patrimônio das sociedades adquiridas em virtude de incorporações societárias. A autoridade fiscal, em ambas as situações, procedeu à glosa integral

das despesas financeiras sustentando que seriam indedutíveis para as sociedades adquiridas, posto que estas não necessitariam de recursos para financiar sua própria aquisição por terceiros.

31.A divergência jurisprudencial manifesta-se de forma inequívoca na solução conferida a esta questão jurídica. O Acórdão recorrido concluiu pela manutenção integral da glosa, fundamentando-se na alegada ausência de necessidade das despesas para a empresa adquirida. Sustentou-se que, embora a despesa pudesse ter sido necessária para a devedora original, com a transferência do débito para a sociedade adquirida tal atributo seria perdido. Enfatizou-se que a dedutibilidade deveria ser reavaliada sempre que ocorressem mudanças no objeto social ou nas atividades produtivas da pessoa jurídica.

32.Já o paradigma adotou solução diametralmente oposta, reconhecendo a dedutibilidade das despesas financeiras mesmo após a incorporação da sociedade veículo pela adquirida. O fundamento central desta conclusão reside na compreensão de que a natureza dedutível da despesa deve ser verificada no momento em que é gerada, ainda que o efetivo aproveitamento fiscal desse gasto ocorra em outra pessoa jurídica por força de sucessão empresarial. Questionou-se, de forma direta e objetiva, como poderia determinada despesa ser dedutível para certa pessoa jurídica e, após esta ser incorporada por outra que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, essa mesma despesa não mais ser dedutível. A resposta apresentada no paradigma foi categórica no sentido de que a sucessão empresarial não possui o condão de alterar a natureza dedutível de dispêndios que foram legitimamente incorridos pela sucedida.

33.O paradigma valeu-se do artigo 374 do RIR/99, especificamente de seu inciso II, que trata dos juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição de bens do ativo permanente. Constatou-se que tal dispositivo, embora discipline a ativação de tais despesas durante a fase pré-operacional, encerra qualquer dúvida a respeito de sua dedutibilidade. Interpretou-se que, caso a pessoa jurídica não se encontre em fase pré-operacional, inexistem dúvidas de que tais despesas são dedutíveis de imediato, exceto nas hipóteses em que a própria legislação impõe limites específicos.

34.A decisão paradigmática examinou e rejeitou especificamente o argumento de que a empresa veículo teria sido interposta sem propósito negocial. Verificou-se que a contribuinte demonstrou que poderia ter estruturado a operação mediante aumento integral de capital, o que permitiria o pagamento de juros sobre capital próprio em montante praticamente equivalente às despesas financeiras deduzidas. Esta constatação foi decisiva para afastar a acusação de planejamento tributário abusivo, porquanto evidenciou a inexistência de vantagem fiscal na estrutura adotada quando comparada com alternativas igualmente lícitas disponíveis. Estabeleceu-se que, para ser legítimo o desfazimento de atos e negócios dos contribuintes, faz-se necessária a demonstração de um binômio composto pela conjugação da vantagem fiscal percebida com a perpetração de simulação ou abuso. Retirado qualquer destes elementos, não seria lícito à Fiscalização desconsiderar os atos e negócios privados.

35.Particular relevância assumiu no paradigma a análise da validade do empréstimo como negócio jurídico. Constatou-se que a autoridade fiscal não questionou a legitimidade da operação de mútuo, inclusive no que concerne às regras de subcapitalização destinadas a prevenir manipulações de endividamento. Ao contrário, reconheceu-se expressamente a lisura procedimental do mútuo, questionando-se apenas o propósito negocial da estrutura societária adotada. O paradigma concluiu que a posterior regulamentação das relações de endividamento entre empresas do mesmo grupo internacional, mediante estabelecimento de limites e não de proibições, corrobora a licitude de tais operações.

36.No presente caso, a operação examinada apresenta estrutura mais simplificada que aquela analisada no paradigma. A sociedade B5 contraiu empréstimo para aquisição das ações da Vale do Rosário e efetivou esta aquisição. Posteriormente, transferiu o investimento adquirido e a obrigação assumida para CESE, que foi incorporada pela Vale do Rosário. Assim, a atual Biosev passou a deduzir as despesas financeiras decorrentes do empréstimo contraído para viabilizar sua aquisição. Aplicando-se as premissas estabelecidas no paradigma, seria perfeitamente possível indagar se a operação de capitalização tivesse ocorrido integralmente na B5, e esta adquirido a Vale do Rosário sendo posteriormente incorporada por esta última, as despesas em questão poderiam ser questionadas.

37.A divergência jurisprudencial revela-se ainda mais evidente quando se contrastam as conclusões alcançadas pelos respectivos colegiados. Enquanto o Acórdão recorrido sustenta que a dedutibilidade seria perdida com a transmissão do débito à sociedade adquirida, o paradigma expressamente afirma que tal atributo permanece íntegro em virtude da sucessão empresarial. O Acórdão recorrido fundamenta-se na ausência de necessidade da despesa para a adquirida, ao passo que o paradigma estabelece que a necessidade deve ser aferida no momento da contratação do mútuo, sendo irrelevante que posteriormente, por decisão dos controladores do grupo econômico, a obrigação seja transferida a outra sociedade mediante legítima reorganização societária.

38.Ambos os julgados examinaram expressamente a questão da necessidade das despesas financeiras sob a ótica dos artigos 299 e 374 do RIR/99. Todavia, conferiram-lhes interpretações diametralmente opostas. O Acórdão recorrido interpretou tais dispositivos no sentido de que a necessidade deveria ser aferida em relação à pessoa jurídica que efetivamente deduz a despesa, desconsiderando a origem da obrigação. O paradigma interpretou os mesmos dispositivos estabelecendo que a necessidade deve ser verificada no momento da geração da despesa, mantendo-se tal característica mesmo quando o aproveitamento fiscal ocorre em outra pessoa jurídica por força de sucessão empresarial.

39.O paradigma examinou e rechaçou especificamente o argumento de que a dedutibilidade não seria atributo intrínseco de determinado desembolso, devendo ser reavaliada sempre que ocorressem mudanças no objeto social ou atividades produtivas. Reconheceu-se que, de fato, a dedutibilidade não é atributo absoluto e imutável, podendo determinada despesa ser dedutível para uma pessoa jurídica e indedutível para outra. Contudo, estabeleceu-se a distinção

fundamental de que, quando a transferência da despesa ocorre por sucessão empresarial mediante incorporação, a sucessora assume integralmente os direitos e obrigações da sucedida, não havendo que se falar em alteração da natureza dedutível das despesas legitimamente incorridas.

40. Em reforço, rememore-se que o paradigma 1402-002.119 também foi admitido nesta mesma matéria pelo Acórdão nº 9101-006.363 (primeiro paradigma da matéria “**despesas de amortização de ágio**”).

41. Resta, portanto, plenamente caracterizada a divergência jurisprudencial entre o Acórdão recorrido e o paradigma invocado, tanto no que concerne à similitude das situações fáticas examinadas quanto relativamente à interpretação divergente conferida aos mesmos dispositivos legais aplicáveis à matéria. Ambos os julgados examinaram operações de aquisição de sociedades estruturadas mediante utilização de sociedades veículos, com posterior transferência de despesas financeiras às adquiridas por força de incorporações societárias. Ambos enfrentaram idênticos argumentos fiscais acerca da dedutibilidade de tais despesas. Porém, conferiram-lhes soluções absolutamente opostas, revelando a existência de interpretação jurisprudencial divergente que justifica plenamente o conhecimento do Recurso Especial.

MULTA CONCOMITANTE

42. No que tange à matéria “**inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício**”, em face dos paradigmas nºs 9101-006.363 e 1301-005.890, constata-se que o Recurso Especial interposto pela contribuinte preenche os requisitos de admissibilidade no que concerne à demonstração de divergência jurisprudencial.

43. De fato, o Acórdão recorrido adotou entendimento segundo o qual a legislação tributária prevê expressamente a aplicação da penalidade isolada no caso do descumprimento da obrigação de recolher o tributo estimado mensalmente, situação que se configura exatamente após o encerramento do exercício. Segundo essa linha de fundamentação, tal penalidade não se confundiria com a multa de ofício aplicada sobre o saldo de imposto apurado ao final do exercício, porquanto as duas penalidades decorreriam de fatos diversos que ocorrem em momentos distintos, sendo que a existência de um deles não pressuporia necessariamente a existência do outro.

44. Esse posicionamento sustenta ainda que a Súmula CARF nº 105 seria inaplicável aos fatos geradores ocorridos após o ano calendário de 2007, por terem outro fundamento legal. Tal orientação conduz à conclusão de que seria juridicamente possível e adequada a cumulação das duas espécies de penalidades, ainda que incidentes sobre a mesma base econômica de cálculo e vinculadas à mesma obrigação tributária principal.

45. Em sentido diametralmente oposto, os precedentes invocados como paradigmas (Acórdãos 9101-006.363 e 1301-005.890) consagram orientação segundo a qual a aplicação cumulada da multa isolada com a multa de ofício configuraria *bis in idem* indevido, violando

princípios fundamentais do direito tributário sancionador. Os acórdãos paradigmáticos reconhecem que, embora a legislação tributária formal estabeleça previsões autônomas para cada uma das penalidades, a análise substancial da matéria revela identidade essencial entre os fatos geradores de ambas as sanções.

46.A divergência manifesta-se de forma clara quando os paradigmas demonstram que a falta de recolhimento das estimativas mensais e o saldo devedor apurado ao final do exercício constituem, em essência, manifestações de uma mesma infração tributária: o não recolhimento tempestivo do tributo devido. Nessa perspectiva, a multa isolada aplicada mês a mês durante o exercício e a multa de ofício lançada ao término do período de apuração incidiriam sobre a mesma materialidade, qual seja, o débito tributário não adimplido no momento próprio.

47.As decisões paradigmáticas adotam interpretação sistemática da legislação tributária, considerando não apenas a literalidade dos dispositivos que preveem as penalidades, mas também os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao excesso de punição. Segundo essa orientação, ainda que formalmente distintas as hipóteses de incidência de cada multa, a aplicação conjunta resultaria em penalização excessiva e desproporcional do contribuinte, que seria sancionado duplamente por uma única conduta ilícita.

48.A similitude fática entre o caso concreto objeto do Acórdão recorrido e as situações examinadas nos paradigmas evidencia-se pela identidade dos elementos caracterizadores da controvérsia. Em todas as hipóteses, verifica-se a existência de lançamento tributário que contempla simultaneamente a exigência de multa isolada referente ao descumprimento da obrigação de recolher estimativas mensais e multa de ofício sobre o saldo devedor apurado ao término do exercício fiscal.

49.Os fundamentos adotados nos paradigmas para afastar a cumulação das penalidades aplicam-se integralmente à situação fática do presente caso. A circunstância de que o saldo devedor final do exercício engloba necessariamente os valores que deixaram de ser recolhidos a título de estimativas mensais demonstra que não há autonomia real entre os dois fatos geradores das multas. Trata-se, em verdade, de uma única obrigação tributária cujo inadimplemento parcial ao longo do exercício culmina no débito consolidado ao final do período de apuração.

50.A orientação adotada pelos paradigmas reconhece que a estruturação da sistemática de recolhimento por estimativas constitui mecanismo arrecadatário que visa antecipar o ingresso de recursos aos cofres públicos, mas não cria obrigações tributárias autônomas em relação ao tributo devido ao final do exercício. Consequentemente, a penalização pelo não recolhimento das estimativas e pelo saldo devedor final não pode ser tratada como se fossem infrações distintas e independentes.

51.Aspecto relevante da divergência jurisprudencial identificada refere-se à interpretação e aplicabilidade da Súmula CARF nº 105 aos fatos geradores posteriores ao ano calendário de 2007. O Acórdão recorrido sustenta que referido enunciado sumular seria

inaplicável aos casos posteriores a essa data em razão de alteração do fundamento legal das penalidades. Essa posição, contudo, contrasta frontalmente com a orientação firmada nos precedentes paradigmáticos, cuja fundamentação é desenvolvida no sentido de que as alterações legislativas posteriores a 2007 não modificaram a natureza essencial da problemática jurídica envolvendo a cumulação de multas. Embora possam ter ocorrido mudanças formais nos dispositivos legais que preveem as penalidades, a substância da questão permanece inalterada: verifica-se ou não *bis in idem* quando se aplica multa isolada sobre estimativas não recolhidas e, cumulativamente, multa de ofício sobre saldo devedor que engloba essas mesmas estimativas.

52.A interpretação constante dos paradigmas considera que os princípios que fundamentam a vedação ao *bis in idem* no direito tributário sancionador não se vinculam exclusivamente à literalidade de dispositivos legais específicos, mas decorrem de princípios gerais do direito que informam todo o sistema jurídico. Nesse sentido, a aplicação da Súmula CARF nº 105, ou dos princípios que ela consagra, não poderia ser afastada simplesmente pela alegação de que o fundamento legal formal das penalidades teria sido alterado.

53.Diante do exposto, constata-se que o Recurso Especial preenche os requisitos de admissibilidade no que concerne à demonstração de divergência jurisprudencial na matéria ***“inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício.”***

CONCLUSÃO

54.Ante o exposto, conheço do Recurso Especial do sujeito passivo.

MÉRITO

DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

55.A amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura é uma despesa operacional legalmente prevista, regida, à época dos fatos, pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, e pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

56.No caso concreto, os requisitos para a amortização do ágio foram comprovadamente atendidos pela Recorrente e pelo Grupo Santa Elisa:

- Aquisição onerosa e legitimação do ágio: A B5 S.A. adquiriu a participação societária na Recorrente (então Vale do Rosário) em uma transação com terceiros não relacionados, mediante o efetivo desembolso de preço superior a R\$ 1 bilhão, gerando ágio por expectativa de rentabilidade futura. O ágio foi devidamente fundamentado em laudo de avaliação.
- Registro e confusão patrimonial: O investimento foi registrado pela B5 e subsequentemente transferido para a CESE por meio de aumento de capital (contribuição de acervo líquido positivo). A CESE, então detentora do investimento com o ágio, foi incorporada pela Vale do Rosário, culminando

na extinção do investimento e na confusão patrimonial entre a entidade que o registrava (CESE) e a entidade que o fundamentava (Vale do Rosário).

57.É imperioso destacar que a legislação de regência previa expressamente a possibilidade de a empresa incorporada, fusionada ou cindida ser aquela que detinha a propriedade da participação societária, caracterizando a chamada incorporação reversa (art. 8º, II da Lei nº 9.532, de 1997). Esta modalidade societária é, por si só, apta a viabilizar a amortização fiscal do ágio.

58.A Fazenda Nacional, em suas contrarrazões, insiste na premissa de que a amortização seria vedada por não ter ocorrido a "confusão patrimonial" entre a "real investidora" (B5) e a investida, uma vez que a B5 continuou a existir e a deter o controle da Recorrente. Essa interpretação restritiva do aspecto pessoal da norma, defendida pela tese do "real adquirente", não encontra respaldo no direito positivo da época e deve ser veementemente rechaçada.

59.Neste sentido, quanto à inaplicabilidade da "Teoria do Propósito Negocial" no direito tributário brasileiro, reitero os fundamentos expendidos no voto vencido que proferi no Acórdão nº 9101-007.072, a saber:

(...)

61.Não se ignora que a "Teoria do Propósito Negocial", utilizada em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, busca identificar a verdadeira intenção por trás de uma transação comercial, diferenciando operações legítimas daquelas realizadas com o objetivo principal de obter benefícios fiscais. Um exemplo clássico e que é referido como sendo o *leading case* da aplicação da interpretação econômica no direito tributário, é o emblemático "Gregory v. Helvering", quando, em 1935, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que uma reorganização corporativa realizada exclusivamente para evitar tributos, sem qualquer propósito comercial ou econômico além da economia fiscal, não seria reconhecida para fins tributários.

62.No entanto, em países onde a "Teoria do Propósito Negocial" é utilizada, como os Estados Unidos e o Reino Unido, com tradição de *common law*, a prática jurídica e os sistemas tributários possuem características que facilitam a sua aplicação, com uma flexibilidade maior na interpretação das normas jurídicas. O Brasil, com sua tradição de *civil law* e uma forte codificação das normas, não está adaptado para a introdução de critérios subjetivos dessa natureza. No contexto brasileiro, considerando as particularidades e a estrutura normativa do sistema tributário nacional, há flagrante incompatibilidade com a aplicação do instituto do "business purpose".

63.Iso, porque é essencial reconhecer que o direito tributário brasileiro é regido por princípios constitucionais que estabelecem um sistema fechado de normas e garantias. Entre estes, destaca-se o princípio da legalidade tributária, que exige que qualquer exação seja previamente definida em lei. O emprego da "Teoria do Propósito Negocial", por sua natureza interpretativa e subjetiva, é conflitante com esse princípio, ao permitir que o fisco questione operações lícitas baseando-se em julgamentos sobre intenções não explicitamente previstas na legislação.

64.Outrossim, o princípio da segurança jurídica, pilar fundamental do ordenamento jurídico, pode ser ameaçado pela aplicação desta teoria. A subjetividade inerente ao exame das intenções negociais pode gerar incertezas e inseguranças para os contribuintes, que passam a depender da interpretação individual dos fiscais e dos tribunais administrativos, em vez de uma análise objetiva baseada em critérios legais claros e preestabelecidos. Acrescente-se que nem todas as intenções negociais empresariais podem, por questões estratégicas e mercadológicas, ser reveladas.

65.Outro ponto a ser considerado é a aplicação do princípio da tipicidade fechada no direito tributário, segundo o qual a norma tributária deve ser clara e precisa, não permitindo margens para interpretações extensivas ou analógicas. A introdução da “Teoria do Propósito Negocial” no direito tributário brasileiro, evidentemente, abre espaço para interpretações ampliativas das normas tributárias, contrariando diretamente esse princípio, possibilitando que situações não previstas expressamente na lei sejam consideradas como evasivas ou abusivas.

66.Não se pode negar que a adoção da “Teoria do Propósito Negocial” reflete uma interpretação elástica das normas, de modo a favorecer, no caso brasileiro, uma atuação arbitrária por parte do fisco. A subjetividade na identificação do propósito negocial acaba servindo como ferramenta de fiscalização excessiva, comprometendo a liberdade econômica e a confiança de investidores no ambiente de negócios brasileiro.

67.A aplicação de teorias alienígenas no direito nacional deve ser feita com cautela e adaptada às particularidades do ordenamento jurídico local. O sistema tributário brasileiro, com suas peculiaridades e complexidades, exige um tratamento específico que respeite os princípios constitucionais e as garantias dos contribuintes.

68.Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF, via da qual reconheceu a constitucionalidade da inclusão do parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, pela Lei Complementar nº 104, de 2001. O referido dispositivo se encontra assim enunciado:

Art. 116. *Omissis.*

(...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

69.Do voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora) se destacam os seguintes excertos, que reafirmam a injuridicidade da adoção de interpretação econômica como elemento configurador da dissimulação da ocorrência do fato gerador:

(...)

8.A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado “Interpretação e Integração da Legislação Tributária”.

Tem-se no artigo 110:

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.

9.De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal.

(...)

70.No mesmo sentido, confira-se a lição sempre segura de Paulo de Barros Carvalho¹:

(...) os fatos, assim como toda construção de linguagem, podem ser observados como jurídicos, econômicos, antropológicos, históricos, políticos, contábeis etc.; tudo dependendo do critério adotado pelo corte metodológico empreendido. Existe interpretação econômica do fato? Sim, para os economistas. Existirá interpretação contábil do fato? Certamente, para o contabilista. No entanto, uma vez assumido o caráter jurídico, o fato será, única e exclusivamente, fato jurídico; e claro, fato de natureza jurídica, não-econômica ou contábil, entre outras matérias. Como já anotado, o Direito não pede emprestado conceitos de fatos para outras disciplinas. Ele mesmo constrói sua realidade, seu objeto, suas categorias e unidades de significação.

O paradoxo inevitável, e que causa perplexidade no trabalho hermenêutico, justifica a circunstância do disciplinar levar ao interdisciplinar e este último fazer retornar ao primeiro. Sem disciplinas, portanto, não teremos as interdisciplinas; mas o próprio saber disciplinar, em função do princípio da intertextualidade, avança na direção dos outros setores do conhecimento, buscando a indispensável complementariedade. Tanto o jurídico quanto o econômico fazem parte do domínio social e, por ter este referente comum, justifica-se que entre um e outro haja aspectos ou áreas que se entrecruzem, podendo ensejar uma tradução aproximada e, em parâmetros mais amplos, uma densa e profícua conversação.

(...)

71.Ives Gandra da Silva Martins é categórico²:

(...)

Tenho para mim que o artigo 150 inciso I da Constituição Federal não é apenas repetitivo do art. 5º inc. II, mas explicitador de que ao Fisco cabe a espada da imposição, nos estritos limites do que a Constituição lhe permite, e, ao contribuinte, defender-se com o escudo da lei suprema para que não seja obrigado a submeter-se a exigências indevidas. Pretende, todavia, o Fisco suprir as omissões legislativas por interpretações econômicas, superativas da lei formal. Porém, em direito tributário, não cabe a interpretação econômica. Sendo o tributo uma norma de rejeição social (Teoria da Imposição Tributária, Ed. LTR, 2ª. ed., 1998), deve o Fisco respeitar, rigorosamente, o disposto na legislação para exigir os tributos constitucionalmente devidos, não podendo jamais desconsiderar, superar, eliminar as formas legais e legitimamente adotadas pelo contribuinte, para fazer prevalecer outra, à sua escolha, que implique maior arrecadação.

(...)

72.Segundo ensina Ingrid Aragão Freitas Porto, *“Na interpretação econômica o que importa na verificação da existência de relação jurídica tributária é o seu conteúdo econômico, e não a forma jurídica. O que importa não é o fato gerador, mas a capacidade contributiva. Assim, se um ato do contribuinte não estiver previsto legalmente como fato gerador, mas os seus efeitos econômicos forem similares aos de fatos geradores, então, pode esse ato ser tributado, a despeito de não estar tipificado”*³.

73.Depreende-se, desse modo, que não é dado à autoridade administrativa *“desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”* (cfe. parágrafo único do art.116 do CTN), **mediante uma interpretação meramente econômica**, como é o caso dos autos.

74.Ressalte-se que a *“economia lícita de tributos obtida através da organização das atividades do contribuinte, de sorte que sobre elas recaia o menor ônus possível”* revela, para Hugo de Brito Machado, técnica de elisão fiscal⁴. Já evasão fiscal, nas palavras de Luis Flávio Neto, *“se constitui a partir do momento que se verifica a utilização pelo contribuinte de práticas expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico, com o objetivo de evitar, minorar ou retardar o pagamento de tributos”*⁵.

75. Portanto, o simples fato de o contribuinte pretender alcançar o mesmo resultado mediante a adoção de uma determinada forma jurídica, dentre tantas outras à sua disposição, desde que lícita, não basta para a desconsideração das operações praticadas, independentemente de se submeterem à menor carga tributária, visto que tal estratégia não configura evasão, mas sim elisão fiscal.

76. Se, pelas razões expendidas até aqui, é inexorável concluir que a “Teoria do Propósito Negocial” não está positivada no direito tributário brasileiro, notadamente quando sua aplicação é determinada a partir da interpretação econômica das nuances do caso concreto, tem-se que é mais adequado utilizar os mecanismos já previstos em nossa legislação e jurisprudência para combater a evasão fiscal.

77. Neste ponto, retire-se do oblióvio o disposto no artigo 167 do Código Civil, que soa:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

78. Assim, apenas será considerado simulado, e, portanto, nulo, o negócio jurídico que aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; contiver declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; ou se os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados, o que não é o caso dos autos.

¹ “O absurdo da interpretação econômica do ‘Fato Gerador’ - Direito e sua autonomia – o paradoxo da interdisciplinariedade”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102, jan./dez. 2007, pp.455/456.

² “A Interpretação Econômica no Direito Tributário”, Gazeta Mercantil, 06.07.2005, disponível para consulta em http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2012/10/23/65a6741a2005091_a_interpr_eco_no_dir_trib.pdf.

³ “A tipicidade aberta e a interpretação econômica no Direito Tributário”, II Jornada de Direito Tributário, Coleção Jornada de Estudos Esmaf, 13, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, outubro/2012, p. 149.

⁴ “Breves Notas sobre o Planejamento Tributário”. In: Marcelo Magalhães Peixoto; José Maria Arruda de Andrade. (Org.). Planejamento Tributário. São Paulo: MP, 2007 p. 360.

⁵ “Teorias do ‘Abuso’ no Planejamento Tributário”, 2011. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, 201, p. 54.

⁶ STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, v.u., j. 06.09.2023.

60. Em vista disso, à mingua de legislação específica que discipline a ocorrência de simulação na seara tributária, há que se socorrer da acepção jurídica de simulação definida pelo artigo 167 do Código Civil. É o que se infere da regra insculpida no inciso VII do art. 149 do CTN, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

61. De outra parte, não há nos autos notícias de que a contribuinte tenha perpetrado qualquer ato ilegal ou censurável sob o ponto de vista de sua validade jurídica. Em verdade, a discussão travada nos autos não alcança a existência do ágio ou a higidez das operações, sobre as quais não se discute terem sido realizadas na forma dos respectivos atos societários. Discute-se meramente a existência de propósito negocial oculto ou indireto.

62. Além disso, ainda que a acusação de artificialidade pudesse se pautar exclusivamente na ausência de razão econômica válida para a estruturação adotada, não é o que se verifica no caso concreto.

63. Primeiramente, o ágio que se pretende amortizar não é o ágio originalmente registrado pela B5, mas sim o ágio registrado pela CESE quando esta adquiriu a participação na Vale do Rosário, mediante o desembolso de capital próprio à B5 (subscrição de ações) e assunção da dívida associada. Embora o valor possa ser numericamente equivalente, não se trata do "mesmo ágio" sob a ótica da nova investidora, que cumpriu o dever legal de desdobrar o custo de aquisição (art. 7º da Lei 9.532, de 1997).

64. Em segundo lugar, a legislação vigente à época dos fatos (Lei nº 9.532, de 1997) simplesmente exigia que a empresa que fosse absorvida detivesse a propriedade da participação societária adquirida com ágio. Não havia vedação expressa à transferência do investimento (e do respectivo ágio) para outra entidade do grupo, como ocorreu da B5 para a CESE. A vedação a certas operações intragrupo foi introduzida no ordenamento jurídico tributário somente com o advento da Lei nº 12.973, de 2014 (originada da MP 627, de 2013), o que confirma a legalidade da estrutura sob a égide da lei anterior.

65. Alegar que a "transferência do ágio" inviabiliza o direito adquirido do contribuinte implica uma restrição não prevista em lei, desrespeitando a liberdade de auto-organização das empresas. As reorganizações societárias intermediárias, desde que não baseadas em operações simuladas, são neutras para fins fiscais e devem ser preservadas. No presente caso, a operação não multiplicou o ágio nem minorou o ônus tributário em comparação com a incorporação direta, não gerando qualquer benefício fiscal artificial.

66. Portanto, a confusão patrimonial exigida pelo aspecto material da norma se concretizou perfeitamente quando a Recorrente (então Vale do Rosário) incorporou a CESE, que detinha o investimento adquirido e registrado com ágio.

67. A Fazenda Nacional argumenta que a CESE atuou como "empresa veículo" e que o ágio não existiria em sua contabilidade por ter recebido o ativo "sem custo" (onerosidade). Tal argumento não prospera, pelos seguintes motivos:

- Natureza da CESE: A Companhia Energética Santa Elisa (CESE) não se enquadra no conceito pejorativo de "empresa veículo" desprovida de substância, pois era uma companhia operacional robusta, com receitas

significativas, funcionários e histórico de atividades, atuando no setor sucroalcooleiro.

- Onerosidade da transferência: A CESE, ao receber o investimento na Vale do Rosário (juntamente com a dívida do Bradesco) em aumento de capital subscrito pela B5, emitiu ações como contrapartida. Houve uma aquisição onerosa do ativo por meio de integralização de capital, não uma transferência gratuita. O laudo da operação demonstrou um acervo líquido positivo (investimento menos dívida) que justificou o aumento de capital na CESE. A Recorrente (Vale do Rosário) incorporou a CESE, sucedendo-a em direitos e obrigações, incluindo o passivo e o ativo representado pelo ágio.
- Finalidade extratributária: O uso da CESE e a forma da reorganização foram motivados por razões negociais válidas e imperativas:
 - Obrigação contratual: A B5 estava contratualmente obrigada pelo financiador (Bradesco) a realizar a reorganização societária (Cédula de Crédito Bancário-CCB, fls. 3955/3983) para transferir a dívida para uma entidade operacional geradora de fluxo de caixa. A B5, como holding, dependia de lucros para quitar o passivo.
 - Cláusula de Lock-up: A incorporação direta da B5 pela Vale do Rosário (ou vice-versa) resultaria na perda do controle societário da Vale do Rosário pela B5, violando a cláusula de lock-up prevista no contrato de compra e venda e gerando risco de multa de 15% sobre o preço e vencimento antecipado do empréstimo. A estrutura adotada foi a única forma de atender simultaneamente às exigências do financiador e às restrições contratuais.

68.Em síntese, a utilização de estruturas societárias envolvendo empresas intermediárias ou "veículos" não desqualifica a amortização do ágio, desde que a operação tenha respaldo legal, como o caso da incorporação reversa. A fiscalização não pode questionar a forma legalmente permitida de organização societária adotada pelo contribuinte para otimizar seus negócios, ainda que resulte em economia tributária, sob pena de ingerência na autonomia gerencial e na livre iniciativa.

69.De mais a mais, a operação societária que viabilizou a amortização do ágio na Recorrente preencheu todos os requisitos formais e materiais exigidos pela Lei nº 9.532, de 1997. A utilização da CESE foi devidamente justificada por razões de ordem negocial, contratual e regulatória, afastando-se qualquer alegação de planejamento tributário abusivo ou simulação. A interpretação que restringe o direito à amortização apenas à "investidora original" (B5) é inadequada, pois ignora a expressa previsão legal da incorporação reversa (art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997) e a legitimidade do ágio registrado pela CESE no momento da transferência do investimento.

70. Nesse sentido, o posicionamento adotado no Acórdão paradigma nº 9101-006.363 (Caso Biosev), que analisou exatamente as mesmas operações societárias e o mesmo ágio em períodos anteriores, deve prevalecer, reconhecendo-se o direito da Recorrente, razão pela qual a decisão recorrida deve ser reformada para cancelar a glosa das despesas de amortização do ágio.

MULTA CONCOMITANTE

71. Em relação ao tema em espeque, merece ser reformada a decisão *a quo*, nos exatos termos dos fundamentos constantes do voto que proferi no Acórdão 9101-007.069, que adoto como razão de decidir, a saber:

40. Nessa perspectiva, a súplica deduzida pela Recorrente [*Fazenda Nacional*] esbarra no comando da Súmula CARF nº 105, assim enunciada:

Súmula CARF nº 105

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

41. Ainda que os eventos objeto da acusação infracional tenham ocorrido no ano-calendário de 2011, não é despiciendo ressaltar que a alteração legislativa promovida pela Lei nº 11.488, de 2007, não teve o condão de modificar as premissas ensejadoras da referida súmula. Sobre tal aspecto, alinho-me aos fundamentos do Acórdão nº 9101-005.080, assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUBSISTÊNCIA DO EXCESSO SANCIONATÓRIO. MATÉRIA TRATADA NOS PRECEDENTES DA SÚMULA CARF Nº 105. ADOÇÃO E APLICAÇÃO DO COROLÁRIO DA CONSUNÇÃO.

Não é cabível a imposição de multa isolada, referente a estimativas mensais, quando, no mesmo lançamento de ofício, já é aplicada a multa de ofício.

É certo que o *cerne* decisório dos Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105 foi precisamente o reconhecimento da ilegitimidade da dinâmica da saturação punitiva percebida pela *coexistência* de duas penalidades sobre a mesma exação tributária.

O instituto da *consunção* (ou da *absorção*) deve ser observado, não podendo, assim, ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar o valor de um determinado tributo concomitantemente com outra pena, imposta pela falta ou insuficiência de recolhimento desse mesmo tributo, verificada após a sua apuração definitiva e vencimento.

42. Do voto vencedor, também redigito pelo Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella extraem-se os seguintes fundamentos:

(...)

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

percentagem da multa isolada e afastar a sua possibilidade de agravamento ou qualificação.

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

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

(...)

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

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

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular *dano* ao Erário (do ponto de vista *material*), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o *princípio da absorção* ou da *consunção*, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra¹.

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

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

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

(...)

43. Deveras, o princípio da consunção, também chamado de princípio da absorção, muito embora também tenha por pressuposto a existência de várias condutas, caberá onde estas sejam interligadas e mantenham relação de continência lógica, onde determinada infração (fim) somente pode ser cometida mediante a prática de outra infração instrumental (meio). Ou seja, diante de um ou mais ilícitos penais denominados

consuntos, que funcionam apenas como fase de preparação ou de execução de outro, chamado consuntivo, sendo todos intimamente dependentes, interligados ou inerentes, o sujeito ativo só deverá ser responsabilizado pelo ilícito principal.

72. Esse é exatamente o caso dos autos, onde a infração relativa à falta de recolhimento das estimativas foi absorvida pela infração referente ao recolhimento dos tributos na sua apuração definitiva, decorrente da glosa das despesas com ágio. Conseqüentemente, merece ser expurgada do lançamento a duplicidade sancionatória.

CONCLUSÃO

73. Por todo o exposto, dou provimento ao Recurso Especial.

Assinado Digitalmente

Jandir José Dalle Lucca

VOTO VENCEDOR

Conselheira Edeli Pereira Bessa, redatora designada

O I. Relator restou vencido quanto ao conhecimento do recurso especial da Contribuinte na matéria “*despesas financeiras com juros*”, bem como no provimento que dava ao recurso especial nas matérias “*despesas de amortização de ágio*” e “*inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício*”. A maioria qualificada do Colegiado compreendeu que o recurso especial não deveria ser conhecido na matéria indicada, e que deveria ser improvido nas matérias conhecidas.

As glosas de amortizações do ágio pago por B5 S/A na aquisição de Companhia Açucareira Vale do Rosário, motivadas pela ausência de confusão patrimonial entre estas, e aqui formalizadas nos anos-calendário 2015 e 2016, foram mantidas no Acórdão recorrido nº 1401-006.944 sob os fundamentos expressos no Acórdão nº 1302-002.724, que analisou as correspondentes glosas nos anos-calendário 2010 a 2014.

O Acórdão nº 1302-002.724 foi reformado, quanto às glosas de amortizações de ágio, pelo Acórdão nº 9101-006.363, no qual se decidiu que:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos Recursos Especiais. Votou pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa. Os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Ana Cecília Lustosa Cruz não participaram do julgamento quanto ao conhecimento. Relativamente ao recurso do Contribuinte, no mérito, acordam em: (i) por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar-lhe provimento para cancelar a infração referente à

“amortização de ágio”, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Carlos Henrique de Oliveira que votaram por manter essa exigência; e (ii) por maioria de votos, negar-lhe provimento em relação à matéria “dedução de despesas financeiras”, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Ana Cecília Lustosa Cruz que votaram por dar-lhe provimento; votaram pelas conclusões os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira; e (iii) por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, deu-se provimento ao recurso para cancelar a exigência de multas isoladas, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira, que votaram por negar-lhe provimento; em primeira votação, votaram por negar provimento em relação a essa matéria os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira, por dar provimento os conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Ana Cecília Lustosa Cruz e Alexandre Evaristo Pinto, e, por dar provimento parcial ao recurso o conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Nos termos do art. 60 do Anexo II do RICARF, em votações sucessivas, confrontando-se as soluções menos votadas, prevaleceu o entendimento de dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Gustavo Guimarães da Fonseca, entendimento que, em última votação, prevaleceu, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira. Prejudicado o exame de mérito do recurso da Fazenda Nacional. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa, que também manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

Esta Conselheira manifestou sua discordância com a dedutibilidade de tais valores, declarando voto para invocar as premissas do Acórdão nº 9101-004.498 e concluir que:

Expresso está, nestes termos, que no contexto da *unificação das atividades operacionais em uma empresa do grupo*, a VALE DO ROSÁRIO, que já estava sob o controle da B5, passou ao controle de CESE *já se sabendo que a CESE seria incorporada na etapa seguinte pela Vale do Rosário*. Evidente que esta interposição de CESE se prestou, apenas, a constituir um cenário artificial para posterior aproveitamento fiscal do ágio. A pretensão, desde o início, era que VALE DO ROSÁRIO concentrasse as demais atividades operacionais, inclusive de CESE, de modo que a única razão para CESE figurar transitoriamente como titular da participação societária em VALE DO ROSÁRIO era simular uma aquisição que viabilizasse a amortização fiscal do ágio pago unicamente por B5.

Aqui, a divergência jurisprudencial acerca das glosas de amortização de ágio teve seguimento com base nos paradigmas nº 9101-006.363 e 1301-002.047 e o I. Relator bem expõe que deve ser afastado o paradigma nº 1301-002.047.

Já com respeito à glosa de despesas financeiras, não deve ser admitido o Acórdão nº 1402-002.119 como paradigma de divergência.

O exame de admissibilidade rejeitou o paradigma nº 1301-006.709 e compreendeu que o paradigma nº 1402-002.119 era apto a caracterizar o dissídio jurisprudencial por que:

A similitude fática e jurídica entre os casos, assim como a divergência jurisprudencial entre eles, encontra-se suficientemente demonstrada pela recorrente.

Deixo de transcrever em maior extensão os argumentos da recorrente no que diz respeito ao Acórdão nº 1402-002.119 (primeiro paradigma), na medida em que, constato que a CSRF, ao analisar o recurso especial da mesma recorrente envolvendo os mesmos fatos ora em debate (apenas que relativos à glosa das despesas incorridas com juros nos anos de 2010 a 2014, enquanto os presentes autos tratam dos anos de 2015 e 2016), ao proferir o Acórdão nº 9101-006.363 (08/11/2022), já admitiu, na ocasião por unanimidade de votos², o referido acórdão como paradigma válido da divergência aqui alegada.

Adoto aqui, portanto, a análise do conhecimento do recurso especial empreendida no âmbito do Acórdão nº 9101-006.363 relativa a este paradigma, como se aqui transcrita estivesse.

De fato, no precedente nº 9101-006.363, esta Conselheira declarou voto para admitir tal paradigma, ponderando que:

Com respeito à glosa de despesas financeiras, esta Conselheira também concorda com a I. Relatora no conhecimento do recurso especial com base no paradigma nº 1402-002.119. À semelhança do presente, no referido julgado foi analisada despesa financeira assumida pela adquirente para aquisição da investida, cuja obrigação passou ao patrimônio da investida depois da interposição de empresa-veículo na operação.

No paradigma nº 1402-002.119, CARREFOUR BV por intermédio de BERPA, adquirentes de ATACADÃO, aportaram recursos em KORCULA e esta contraiu obrigação de parcela complementar para a única operação por ela realizada - aquisição de ATACADÃO -, seguindo-se meses depois a incorporação de KORCULA por ATACADÃO. Em consequência, não só o ágio pago pelos adquirentes não envolvidos na incorporação passou a ser amortizado por esta última, como também as despesas financeiras decorrentes do empréstimo passaram a afetar seu resultado tributável. Embora considerando a amortização do ágio indevida – porque *utilizou-se de uma sociedade de passagem com único intuito de permitir a amortização do ágio criado na aquisição da própria RECORRENTE* - o outro Colegiado do CARF compreendeu que as despesas de juros eram dedutíveis, sob

os seguintes fundamentos expostos pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto:

[...]

No presente caso, a operação é mais simples, porque B5 contrai o empréstimo para aquisição das ações de VALE DO ROSÁRIO, e efetiva esta aquisição, mas na sequência transfere o investimento adquirido e a obrigação assumida para CESE, que posteriormente é incorporada por VALE DO ROSÁRIO (atual BIOSEV), que assim passa a amortizar o ágio e deduzir as despesas financeiras decorrentes do empréstimo contraído para sua aquisição. Ainda assim seria possível aqui aplicar as premissas do paradigma: *se a operação de capitalização tivesse ocorrido integralmente em BREPA (B5), e esta adquirido ATACADÃO (VALE DO ROSÁRIO – BIOSEV), sendo BREPA (B5) posteriormente incorporada por ATACADÃO (VALE DO ROSÁRIO – BIOSEV) [...] as despesas em questão poderiam ser questionadas? [...] como poderia uma despesa ser dedutível para determinada pessoa jurídica e, após essa ser incorporada por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, as mesmas despesas não mais serem dedutíveis?*

Inclusive, ao redigir o voto vencedor para manutenção das glosas de despesas financeiras em discussão naquele precedente, esta Conselheira invocou os fundamentos expostos na oportunidade em que analisou a mesma operação tratada no paradigma nº 1402-002.119, e que conduziram o Acórdão nº 9101-004.500.

Todavia, a percepção da divergência jurisprudencial em torno de operações societárias desta espécie evoluiu neste Colegiado para evidenciar que não é válido classificar as estruturas de aquisição de investimentos como mais simples ou mais complexas, para admitir decisão em caso mais “simples” como paradigma em caso mais “complexo”, mormente se a distinção é feita a partir do viés decisório de quem promove a classificação. Especialmente quanto ao referido na declaração de voto ao norte, este Colegiado tem compreendido que há substancial dessemelhança entre os critérios de decisão acerca da possibilidade de amortização de ágio quando se está frente a operação na qual a pessoa jurídica interposta promove a aquisição, daquele nos quais a pessoa jurídica interposta recebe por transferência o investimento antes adquirido com ágio.

Como bem expõe o I. Relator, no paradigma nº 1402-002.119 houve a capitalização de pessoa jurídica interposta que, depois de adquirir a investida, foi por ela incorporada. Todavia, dentre as premissas do outro Colegiado do CARF para admitir a dedutibilidade das despesas, consta que a investidora estrangeira não tinha capacidade financeira para aportar todo o capital necessário à aquisição e que os empréstimos foram contraídos pela pessoa jurídica interposta. Veja-se, nas palavras do relator do paradigma, Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto:

Para a Fiscalização, o empréstimo tomado por KORCULA perante terceiros não era necessário, tanto para a aquisição das quotas do ATACADÃO, como para a operação dessa última empresa.

Já a RECORRENTE aduz que a dedutibilidade da referida despesa é evidente. Alega que o empréstimo tomado com terceiros foi imprescindível à aquisição das quotas do ATACADÃO por KORCULA. Nesse cenário, a despesa financeira em questão seria necessária à operação de KORCULA, e, tendo em vista a incorporação desta pela RECORRENTE, tal dedutibilidade permanece em seu patrimônio em face da sucessão empresarial levada a efeito.

Alega ainda que a estrutura adotada para aquisição da totalidade do capital da RECORRENTE – compra alavancada – corresponderia a prática conhecida no mercado, usual e normal no contexto de aquisições de empresas. Não haveria dúvidas de que as despesas financeiras incorridas por ela incorridas, derivadas de empréstimo tomado para efetuar a transação em exame nesse processo administrativo, são consideradas como necessárias e, portanto, dedutíveis da base de cálculo do IRPJ/CSL. A possibilidade de a RECORRENTE deduzir essas despesas financeiras estaria prevista no artigo 17, parágrafo único, do Decreto-lei 1.598/77, e também o artigo 31 da Lei 11.727/08.

Além disso, haveria erro na interpretação dos fatos por parte da Fiscalização, isso porque, ainda que a dívida original tenha sido contratada pela KORCULA com parte relacionada no exterior (CARREFOUR BV), no final da operação a dívida foi tomada com terceiro (o BNP Paribas). No momento da incorporação de KORCULA ao patrimônio da RECORRENTE, a dívida questionada pela autoridade fiscal (Korcula x Carrefour BV) já havia sido quitada, de forma que a RECORRENTE teria assumido diretamente uma dívida com terceiro não relacionado (o BNP Paribas).

A opção pelo empréstimo, ainda segundo a RECORRENTE, se deu porque o Grupo Carrefour não deteria recursos disponíveis para investimento de longo prazo, tanto que, no período a que se refere o presente lançamento, o empréstimo já havia sido quitado, capitalizando novamente CARREFOUR BV, sendo que as despesas glosadas advieram justamente de novo empréstimo tomado junto a terceiros (e utilizados para quitação do empréstimo original alcançado por CARREFOUR BV).

[...]

O primeiro ponto a ser observado é que, embora a autoridade fiscal aborde o empréstimo inicial de KORCULA junto à CARREFOUR BV, a glosa efetivamente realizada se deu em relação às despesas financeiras escrituras pela RECORRENTE e relativas ao empréstimo tomado junto a BNP Paribas.

De toda forma, entendo assistir razão à RECORRENTE

Imaginemos que a operação de capitalização tivesse ocorrido integralmente em BREPA, e esta adquirido ATACADÃO, sendo BREPA posteriormente incorporada por ATACADÃO. As despesas em questão poderiam ser questionadas? A própria decisão recorrida entende que não, uma vez que afirma categoricamente que *“Enquanto a dívida era responsabilidade da Korcula, cujo objeto social declarado*

era exclusivamente a participação em outras sociedades, os eventuais encargos eram dedutíveis”.

Discordo da decisão recorrida justamente a partir daí: como poderia uma despesa ser dedutível para determinada pessoa jurídica e, após essa ser incorporada por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, as mesmas despesas não mais serem dedutíveis?

[...]

Por fim, como o empréstimo tomado junto à BNP Paribas justamente serviu para quitação do mútuo original entre CARREFOUR BV e KORCULA, a meu ver, corrobora o argumento da RECORRENTE de que CARREFOUR BV não poderia ter utilizado tal parcela também para aumento de capital em BREPA, ou mesmo em KORCULA, em razão de não poder abrir de tais recursos financeiros a longo prazo. A quitação do empréstimo original, repito, fornece elementos mais concretos de que CARREFOUR BV poderia até fornecer recursos financeiros para sua holding no Brasil adquirir ATACADÃO, mas somente uma parte em caráter permanente (via aumento de capital), sendo o restante realizado por meio de mútuo em razão da necessidade de utilização de tais recursos em prazo mais curto, não se coadunando com aumento de capital para, logo em seguida, diminuí-lo para devolução à controladora no exterior.

Aqui, como expresso no voto condutor do acórdão recorrido, transcrevendo excertos da decisão de 1ª instância:

Esta dívida foi contraída por B5 para proceder à aquisição das ações representativas do capital da interessada e, naquele momento, as despesas com o pagamento dos respectivos juros poderiam ser consideradas necessárias à devedora. Porém, com a transmissão deste débito para a interessada, isto não pode ser considerado verdadeiro, por óbvio, pois nenhuma companhia necessita contrair uma dívida para adquirir, de si mesma, suas próprias ações.

Logo, a dívida foi contratada pela pessoa jurídica indicada como real adquirente e transferida para a pessoa jurídica interposta, com vistas a ser transferida para o patrimônio da investida quando esta incorporasse a pessoa jurídica interposta. No paradigma, a contratação da dívida foi feita pela pessoa jurídica interposta antes da aquisição, com o expresso reconhecimento de que a adquirente estrangeira – inclusive ressarcida pela pessoa jurídica interposta para quitação de empréstimo que havia contratado antes da aquisição – não teria capacidade financeira para dispor de todo o capital necessário para aquisição do investimento. É esta peculiaridade fática que conduz à conclusão de que a despesa financeira era necessária à pessoa jurídica incorporada pelo sujeito passivo atuado e que passou a deduzir estas despesas depois da incorporação, apesar de tal incorporação não ser admitida como justificativa para amortização fiscal do ágio. Aqui, não é possível afirmar aquela necessidade da despesa em face da pessoa jurídica interposta, vez que a dívida foi originalmente contratada por B5, antes da aquisição e da transferência do investimento adquirido para a pessoa jurídica interposta.

Vale também recordar que a operação tratada no paradigma nº 1402-002.119 foi trazida a este Colegiado em outras oportunidades, merecendo destaque a discussão estabelecida nos Acórdãos nº 9101-007.424e 9101-007.425, que tiveram em conta o paradigma nº 9101-004.500 editado em face de glosas em outros períodos de apuração, nos quais esta Conselheira assim dialogou com as observações feita pela relatora², Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, acerca das peculiaridades que afetaram a análise da dedutibilidade das despesas financeiras incorridas para aquisição do investimento com ágio:

Com respeito ao paradigma nº 9101-004.500, o exame de admissibilidade assim ponderou ao afirmar caracterizada a divergência suscitada pela PGFN:

Adicionalmente, o segundo paradigma (acórdão nº 9101-004.500) reforça aquele mesmo entendimento divergente. Nele, a dedução de despesas financeiras foi igualmente considerada indevida, pois as despesas foram geradas por um empréstimo (compra alavancada) contraído para financiar a aquisição do Atacadão, e também por sua natureza não tinha também relação com a operação produtiva da empresa adquirida.

Embora o segundo paradigma tenha uma particularidade — a Korcula foi considerada uma empresa veículo sem substância —, isso não altera a essência da divergência, que é a mesma: as despesas financeiras foram glosadas por não atenderem ao critério de "necessidade" e por estarem vinculadas ao financiamento da aquisição, e não à manutenção da fonte produtiva.

Trecho relevante do acórdão nº 9101-004.500:

Em verdade, o Atacadão nem chegou a tocar em um centavo desses recursos, visto que todo o montante foi pago aos seus antigos proprietários. Ora quem devia pagar esse montante, ou ao menos arcar com os ônus do empréstimo tomado para financiar a aquisição, não era a própria empresa que estava sendo adquirida, mas os novos adquirentes.

Portanto, assim como no primeiro paradigma, no segundo também prevaleceu o entendimento de que despesas financeiras relacionadas à compra alavancada, quando não vinculadas diretamente à operação produtiva, mas a sua própria aquisição, são indedutíveis.

A I. Relatora aponta dessemelhanças fáticas deste paradigma em relação ao caso sob exame, especialmente porque as despesas glosadas decorrem de novo empréstimo contraído pela pessoa jurídica interposta (Korcula), cujo produto é destinado a ressarcir Carrefour BV, considerado real adquirente da investida (Atacadão).

Como bem observa a I. Relatora, o paradigma nº 9101-004.500 foi rejeitado por esta Conselheira para caracterização de dissídio jurisprudencial em litígios, constantes desta mesma pauta de julgamento, acerca da dedutibilidade de

² Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Jeferson Teodorovicz, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Jandir José Dalle Lucca, Semiramis de Oliveira Duro e Carlos Higino Ribeiro de Alencar, e votou pelas conclusões, quanto ao conhecimento, a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

despesas financeiras decorrentes de financiamento contratado para aquisição da investida. Mas isto se deu porque a operação lá sob análise tinha em conta a interposição de pessoa jurídica que capta parte dos recursos para aquisição do investimento mediante emissão de debêntures, ao passo que no paradigma nº 9101-004.500 a pessoa jurídica interposta recebe empréstimo de sua controladora indireta no exterior, lá afirmada real adquirente do investimento. E, como naquele caso, outro paradigma da mesma operação – Acórdão nº 9101-002.962 – foi por esta mesma razão apontando como dessemelhante para caracterização do dissídio acerca da amortização fiscal do ágio, não se poderia desprezar tal circunstância, ínsita à definição do real adquirente, no dissídio lá suscitado acerca da glosa das despesas financeiras. Em suma, o paradigma nº 9101-004.500 foi rejeitado por esta Conselheira naquele caso em razão de a pessoa jurídica interposta, e posteriormente incorporada, ter emitido as debêntures que originaram as despesas glosadas.

Sob esta ótica, no presente caso tal dessemelhança não estaria presente. Em ambos os casos as pessoas jurídicas indicadas como real adquirente – Carrefour BV no paradigma; CPC neste caso – experimentam redução patrimonial para adquirir investimento – Carrefour BV mediante redução de ativos para empréstimo a Korcula; CPC mediante aumento de passivo por emissão de debêntures – e promovem a transferência dos efeitos desta redução patrimonial para a investida – Carrefour BV por ser ressarcida com recursos decorrentes de empréstimo contratado por Korcula; CPC mediante versão da dívida para Vialco SPE – de modo que, ao final, a pessoa jurídica interposta – Korcula no paradigma; Vialco SPE no recorrido – passa a ser titular do investimento adquirido com ágio e também da dívida correspondente aos recursos destinados a esta aquisição, viabilizando o encontro do investimento e da dívida quando a pessoa jurídica interposta é interposta pela adquirida – Korcula incorporada por Atacadão, sujeito passivo atuado no paradigma; Vialco SPE incorporada pela Contribuinte no recorrido.

Adicione-se em reforço à similitude existente entre as operações tratadas no recorrido e no paradigma nº 9101-004.500, que no presente caso a pessoa jurídica interposta – Vialco SPE – também *fez nova emissão de debêntures para substituir aquelas emitidas pela CPC (1ª emissão da Vialco – fls. 11.523/11.561 - com as mesmas características e encargos das emitidas pela CPC)*, como relatado no acórdão recorrido, constituindo em seu nome dívida representativa dos valores destinados à aquisição da investida, à semelhança do empréstimo contratado por Korcula para ressarcimento a Carreforu BV.

A confirmar a similitude entre as operações, vê-se que a seguinte conclusão do paradigma nº 9101-004.500 poderia ser transposta para o presente caso:

Destaque-se que não há concordância, aqui, com as referências acima transcritas e sugestivas da interpretação de serem admissíveis as despesas financeiras se deduzidas por Korcula antes de sua incorporação pela atuada. **O real adquirente do investimento foi Carrefour BV, os recursos do empréstimo contraído ao BNP**

Paribas foram a ele transferidos e, dessa forma, nem mesmo Korcula seria parte legítima para deduzir as despesas financeiras daí decorrentes. [...]

Apenas que, no paradigma, o real adquirente (Carrefour BV) recompõe seu patrimônio ao ser ressarcido com os recursos obtidos no empréstimo contratado por Korcula, ao passo que, no recorrido, a adquirente original (CCP) é exonerada do passivo ao vertê-lo, juntamente com o investimento adquirido na Contribuinte, em favor de Vialco SPE, que na sequência emite a 2ª série de debêntures em substituição às debêntures emitidas por CCP.

Não se pode ignorar, porém, que há diferenças relevantes entre as operações: no paradigma nº 9101-004.500 a pessoa jurídica interposta (Korcula) recebe os recursos da real adquirente (Carrefour BV) e promove a aquisição da pessoa jurídica que vem a incorporá-la posteriormente (Atacadão), para além de a dívida onerosa ser constituída, apenas, depois desta aquisição, quando contraído empréstimo para ressarcimento à real adquirente. Já no presente caso, a pessoa jurídica interposta (Vialco SPE) recebe o investimento adquirido e a dívida contraída para sua aquisição (por CCP), antes de ser incorporada pela adquirida (Contribuinte).

Fato é que permitir que a similitude inicialmente vislumbrada a partir da acusação fiscal ampliasse o debate na forma trazida pela PGFN no mérito de seu recurso especial, traria para esta instância especial tema que não foi prequestionado no acórdão recorrido. Ainda que a autoridade lançadora tenha apresentado seus fundamentos para concluir que CCP foi a adquirente do investimento com ágio, e o voto condutor do acórdão recorrido reconheça que Vialco SPE foi considerada “empresa veículo” nesta operação, a conclusão da decisão está firmada sob o pressuposto que a sucessora foi, antes, adquirida pela sucedida. Vale novamente a transcrição:

No caso em questão, conforme revela o Termo de Verificação fiscal, foram emitidos 1,2 bilhão de reais em debêntures pela própria Recorrente, em duas séries. Os instrumentos de emissão de debêntures, conforme excertos referenciados no Termo de Verificação continham a “marca de nascença” à qual nos referimos anteriormente, pois indicavam que tanto a 2ª quanto a 3ª séries de debêntures, emitidas pela Recorrente, tinham como uma de suas causas e destino refinar em parte as debêntures emitidas em 1ª série, pela **adquirente CPC** e que foram substituídas por **debêntures emitidas pela Vialco** (alcançada de “**empresa veículo**” **pela fiscalização**).

[...]

Ocorre que, sob as mesmas premissas firmadas anteriormente neste voto, a análise do critério de necessidade não permite ao Fisco sobrepor-se ao juízo de conveniência e oportunidade incumbido ao administrador da sociedade, e deve ser avaliado, tratando-se de despesas cujos efeitos fiscais se protraem no tempo, à luz das condições pessoais da sucedida que a contratou. Assim, se a **sucedida** tinha a pretensão de **adquirir a sucessora** e para isso entendeu mais adequado valer-se de recursos obtidos no mercado mediante a emissão de debêntures em operação

comercialmente conhecida por “compra alavancada”, os encargos com essa emissão (como os juros e comissões ora sob discussão), serão dedutíveis mesmo que referidas despesas sejam incorridas (*pro rata temporis*) quando já passado o fenômeno sucessório. (*destacou-se*)

É possível cogitar várias razões para esta conclusão: i) a percepção de que a definição de CCP como adquirente não estava em litígio, na medida em que não houve lançamento de glosa das amortizações de ágio, diante do registro de que a matéria estaria *em discussão na esfera judicial, na ação declaratória processo nº 5003802-06.2017.403.6110*; ii) que a substituição das debêntures emitidas originalmente por CPC por debêntures emitidas por Vialco SPE afetou a percepção de que Vialco seria sucessora de CPC neste âmbito, e poderia ser referida como “adquirente” na incorporação pela adquirida; iii) outros motivos não expressos que permitiriam considerar Vialco SPE como adquirente; ou iv) contradição interna na decisão.

Tais cogitações, porém, não podem erigir uma premissa implícita de decisão para fins de caracterização do dissídio jurisprudencial. Somente por meio de embargos de declaração ao acórdão recorrido seria possível esclarecer por que se considerou que as despesas glosadas foram assumidas pela sucedida na aquisição da sucessora.

Sem esta prévia integração, as peculiaridades da operação tratada no paradigma nº 9101-004.500, antes referidas, bem como as apontadas pela I. Relatora, passam a ter relevo para desassemelhar aquele caso do presente.

De toda a sorte, diante da pretensão da PGFN de questionar a dedutibilidade das despesas sob a ótica de que a Contribuinte não incorporou sua real adquirente, é pertinente, no presente caso, CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial, com base apenas no paradigma nº 1402-006.194, para avaliação da dedutibilidade das despesas financeiras decorrentes da dívida contraída para aquisição da sucessora que incorpora a adquirente.

Confirmadas, assim, as dessemelhanças entre os casos aqui comparados, cabe NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial acerca da dedutibilidade das despesas financeiras.

No mérito da glosa das despesas de amortização de ágio, reitera-se, aqui, o voto vencido declarado no paradigma nº 9101-006.363, mormente tendo em conta que o acórdão aqui recorrido se pautou nos fundamentos expressos no Acórdão nº 1302-002.724, reformado naquele paradigma:

No mérito do recurso especial da Contribuinte acerca das glosas de amortização de ágio, como bem demonstra a I. Relatora, reconhecido está que houve ágio pago na aquisição do investimento em VALE DO ROSÁRIO por B5. Contudo, a transferência deste investimento a CESE não representa aquisição hábil a constituir novo ágio passível de amortização na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, a partir da incorporação de CESE por VALE DO ROSÁRIO.

A amortização de ágio em tais circunstâncias é matéria que vinha sendo decidida em linha com as premissas do acórdão recorrido pela maioria qualificada desta Turma, pautando-se em premissas que foram fundamentadamente fixadas pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado. Dentre as manifestações mais recentes, destaca-se o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

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

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do

investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

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

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

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para 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 escritural³. 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.

³ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

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.

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 cisão⁴.

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 1997⁵, 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.

⁴ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁵ 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.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁶ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁷ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

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,

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

⁷ 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.

de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

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

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

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

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

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

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

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

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada 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 peessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (grifei)

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

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

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/99⁸.

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.

⁸ 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).

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

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

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

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

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

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

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 ATALIBA⁹.

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

Ao se apreciar o aspecto **peçoal**, 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.

⁹ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato 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. SCHOUERI¹⁰, 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

¹⁰ SCHOUERI, 2012, p. 62.

valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se 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. *(destaques do original)*

Nestes autos, resta fora de dúvida que a real investidora, que suportou o ônus da aquisição da participação societária na Contribuinte, formadora do ágio amortizado, foi B5 S/A.

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

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

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, *mas sim da empresa CESE – Companhia Energética Santa Elisa*, denominada como “empresa-veículo” e investida, ou seja, não estava presente a **investidora (não participou do evento de incorporação a empresa B5 S/A)**.

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

A utilização da empresa *CESE – Companhia Energética Santa Elisa* (denominada “empresa-veículo”) tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (B5 S/A) do evento de incorporação.

A autoridade lançadora por sua vez, bem apontou a desnecessidade da interposição de CESE nas operações realizadas pelo grupo empresarial:

32. Com essas operações a B5, agora com novos sócios pessoas físicas (basicamente a “Família Cícero Junqueira”), conseguiu deter o controle da totalidade das ações da Vale do Rosário diretamente, como pretendia. Porém, o ágio apurado para a aquisição dessas ações ainda estava contabilizado na B5 S/A e, portanto, sem possibilidade de ser aproveitado tributariamente:

[...]

33. **A partir deste ponto, a estrutura da empresa está pronta para a etapa da incorporação, que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio apurado. Entretanto, em vez de seguir o caminho previsto na legislação para isso, com a incorporação da empresa adquirida pela adquirente ou da adquirente pela adquirida, os sócios trilharam um caminho próprio: o da transferência do ágio do real adquirente para uma outra empresa do mesmo grupo estranha às operações até o momento.** Transferiram o ágio contabilmente para uma empresa que serviu como empresa veículo desse ágio, que foi a CESE - Companhia Energética Santa Elisa, CNPJ 02.300.261/0001-52.

34. A reorganização societária que resultou no aproveitamento fiscal das despesas de amortização do ágio apurado na aquisição do controle acionário da Vale do Rosário pela B5 foi planejada conforme descrito na Nota Explicativa 25 das Demonstrações Financeiras da CESE de 31/03/2007 (doc. 38), transcrita a seguir:

Encontra-se em andamento uma reorganização societária e operacional envolvendo as companhias Santa Elisa Participações S/A (SEPAR) e suas controladas Companhia Energética Santa Elisa (CESE) e Santa Elisa Serviços Ltda. (SERVIÇOS), sua coligada Companhia Nacional de Açúcar e Alcool (CNAA), bem como a Companhia B5 S/A (B5) e suas controladas Companhia Açucareira Vale do Rosário (VALE), Jardest S/A Açúcar e Alcool (JARDEST) e Usina de Açúcar e Alcool MB Ltda. (MB) que tem como objetivo a ampliação e racionalização operacional das atividades de cultivo da cana de açúcar e a produção de açúcar, álcool e energia elétrica otimizando sinergias para a consolidação da sua participação no segmento sucroalcooleiro para fazer face ao aumento da competitividade decorrente das perspectivas de ampliação de mercado.

Essa reorganização contemplou as seguintes principais etapas até 18 de julho de 2007 e valores aproximados:

- a) Obtenção de empréstimo no montante de R\$ 1.090.000 pela companhia B5 junto à instituição financeira para viabilizar a aquisição de controle acionário da VALE;
- b) Incorporação da empresa Elbelpar MB Ltda. pela B5 relacionada à participação de cerca de 47% no capital da MB pelo valor de R\$ 40.000;
- c) Cisão parcial da CESE para transferência para a SEPAR de ativos não relacionados ao segmento de açúcar e álcool no montante de R\$ 76.669;
- d) Aquisição pela VALE de ações da JARDEST detidas por acionistas minoritários no valor de R\$ 80.000;
- e) Conferência de capital da SEPAR com investimentos mantidos nas controladas CESE e SERVIÇOS e na coligada CNAA, em aumento de capital na B5 no montante de R\$ 181.600;
- f) Cisão parcial da VALE para transferência de investimentos na Agropecuária Rio das Antas S/A e outros ativos não relacionados ao segmento de açúcar e álcool no montante de R\$ 2.400;
- g) Incorporação da JARDEST pela VALE a valores contábeis no montante de R\$ 22.800 e
- h) Ingresso de novo acionista na B5 aportando capital de R\$ 400.000.

Os próximos eventos contemplarão:

- a) Contribuição de investimentos da B5 liquida de saldo da dívida junto à instituição financeira em aumento de capital da CESE;
- b) Incorporação da CESE, SERVIÇOS e MB pela VALE, concluindo a unificação das atividades operacionais.

35. Verificando essas etapas da reorganização societária, **vê-se que a intenção era a unificação das atividades operacionais em uma empresa, no caso, a Vale do Rosário. Inicialmente, todas as empresas operacionais foram colocadas sob controle da B5, que já controlava a Vale do Rosário.**

36. Entretanto, **há um passo que não tem ligação com a intenção de unificar as atividades operacionais, mas que é o passo fundamental para o aproveitamento do ágio em análise. É a etapa de “Contribuição de investimentos da B5, liquida de saldo da dívida junto à instituição financeira, em aumento de capital da CESE”, o que significou tornar a Vale do Rosário controlada direta da CESE, já se sabendo que a CESE seria incorporada na etapa seguinte pela Vale do Rosário.**

37. Observe-se que as demais empresas que viriam a ser incorporadas pela Vale do Rosário, a Santa Elisa Serviços e a MB, eram, nesse momento do aumento de capital da CESE, controladas direta ou indiretamente pela B5, da mesma forma que a CESE, em consequência da etapa “c” acima, conferência de capital da Santa Elisa Participações em aumento de capital na B5 com investimentos nas controladas CESE e Santa Elisa Serviços.

38. Essa etapa foi concretizada conforme a Ata da AGE da B5 de 30/05/2007 (doc. 66), em que foi aprovado o aumento do capital social de R\$ 67.672.864,45 para R\$ 249.251.613,45, com a emissão de 1.191.759.988 de novas ações ordinárias que foram totalmente subscritas pela Santa Elisa Participações Ltda. (Separ) e integralizadas mediante a conferência de 100 quotas do capital social da Santa Elisa Serviços de Assessoria Ltda., CNPJ 08.204.717/0001-67, equivalentes a 10% do capital social, pelo valor contábil de R\$ 100,00, de 65.133.201 ações do capital social da Companhia Energética Santa Elisa S/A – CESE, CNPJ 02.300.261/0001-52, equivalentes a 100% do capital social, no valor contábil de R\$ 32.840.621,00, e de 148.786.470 ações do capital social da Companhia Nacional de Açúcar e Álcool S/A - CNAA, CNPJ 08.204.974/0001-07, equivalentes a 27,68% de participação no capital, no valor contábil de R\$ 148.738.028,00. Todos os Laudos de Avaliação foram elaborados pela KPMG Auditores Independentes.

39. A CESE já era sócia majoritária da Santa Elisa Serviços de Assessoria Ltda., com 90% de participação societária, junto com a Santa Elisa Participações S/A. (doc. F15).

40. A Usina MB, que passou a ter como sócia a B5 com a incorporação da Elbepar MB Ltda., com 46,9% das quotas, já tinha como sócias também a Vale do Rosário, com 50% das quotas, e a CESE (doc. F16).

[...]

41. Na etapa fundamental desta reorganização societária, a “Contribuição de investimentos da B5, líquida de saldo da dívida junto à instituição financeira, em aumento de capital da CESE”, a CESE foi interposta como controladora da Vale do Rosário, efetuando-se a transferência do ágio e da dívida com o Bradesco para a CESE.

42. O capital social da Companhia Energética Santa Elisa foi aumentado conforme a Ata da AGE da CESE de 04/09/2007 (doc. F6) e o Laudo de Avaliação anexo. O Laudo de Avaliação informa que a avaliação das contas que compõe o acervo líquido a ser conferido em aumento de capital foi extraído do balancete contábil de 10/08/2007 (doc. 70), elaborado pela B5. O valor do aumento de capital foi de R\$ 300.802.999,45, integralizado totalmente pela B5 S/A através da transferência de ativos e passivos de sua propriedade relacionados no Laudo de Avaliação.

43. Os bens, direitos e obrigações conferidos em aumento de capital foram os seguintes:

[...]

44. O financiamento a pagar junto ao Bradesco é o saldo do empréstimo utilizado para a compra da Vale do Rosário, como confirmou o sujeito passivo (doc. 61, item 5.2).

[...]

45. Com o ágio e a dívida transferidos para a empresa que vai funcionar como veículo, a próxima etapa é a incorporação dessa empresa veículo pela empresa que foi adquirida. A incorporação da CESE - Companhia Energética Santa Elisa, CNPJ 02.300.261/0001-52, pela Vale do Rosário se deu em 02/01/2008, conforme a Ata da AGE da Vale do Rosário (doc. F7), juntamente com a incorporação de outras

duas empresas, a Usina de Açúcar e Álcool MB, CNPJ 50.403.385/0001-06, e a Santa Elisa Serviços de Assessoria Ltda., CNPJ 08.204.717/0001-67.

46. De acordo com o Protocolo de Incorporação e Justificação (doc. F8), a justificativa para a incorporação foi, mais uma vez, de que “a incorporação de ações integra um projeto de reestruturação societária que resultará em maior eficiência operacional, administrativa e financeira, bem como na redução dos custos operacionais dessas sociedades”.

47. O patrimônio das incorporadas foi avaliado pelo valor contábil do patrimônio líquido apurado com base nos balanços patrimoniais levantados com essa finalidade em 31/10/2007, conforme os respectivos Laudos de Avaliação (doc. F8).

48. As ações da CESE foram extintas e a sua controladora Santelisa Vale (nova denominação da B5) recebeu as 2.550.904.170 de novas ações emitidas pela Vale do Rosário, representativas do seu capital social detidas pela CESE no momento da incorporação. A denominação social da Vale do Rosário foi alterada para Santelisa Vale Bioenergia S/A.

49. Com a incorporação da CESE, o ágio e a dívida proveniente da aquisição da Vale do Rosário pela B5 passaram para o ativo da própria Vale do Rosário, agora Santelisa Vale Bioenergia, com o ágio sendo amortizado a partir de abril de 2008, à razão de 1/120 avos por mês, no prazo de 10 anos e, junto com as despesas da dívida contraída junto ao Bradesco, sendo deduzidas na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL. *(destacou-se)*

Expresso está, nestes termos, que no contexto da *unificação das atividades operacionais em uma empresa do grupo*, a VALE DO ROSÁRIO, que já estava sob o controle da B5, passou ao controle de CESE *já se sabendo que a CESE seria incorporada na etapa seguinte pela Vale do Rosário*. Evidente que esta interposição de CESE se prestou, apenas, a constituir um cenário artificial para posterior aproveitamento fiscal do ágio. A pretensão, desde o início, era que VALE DO ROSÁRIO concentrasse as demais atividades operacionais, inclusive de CESE, de modo que a única razão para CESE figurar transitoriamente como titular da participação societária em VALE DO ROSÁRIO era simular uma aquisição que viabilizasse a amortização fiscal do ágio pago unicamente por B5.

No que se refere à validade das operações e presença de propósito negocial, na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, importa observar que a legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida.

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

amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

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

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

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

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

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário 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. (negrejou-se)

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

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

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

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida¹¹. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

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

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

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

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

[...]

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

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito comercial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite simular situações jurídicas como as verificadas nestes autos.

Correta, assim, a glosa promovida.

Estas as razões, portanto, para divergir da I. Relatora e NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

E, com respeito à *“inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício”*, não há impedimento à aplicação das multas isoladas simultaneamente com a multa de ofício a partir de 2007, como claramente exposto no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.962, de lavra da ex-Conselheira Adriana Gomes Rêgo, cujas razões são aqui adotadas também para afastar as objeções à aplicação da penalidade depois do encerramento do exercício e à pretensão de aplicação do princípio da consunção:

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

Lei nº 9.430, de 1996 (redação original):

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

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

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

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

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

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

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

Ora, a vinculação entre os recolhimentos antecipados e a apuração do ajuste anual é inconteste, até porque a antecipação só é devida porque o sujeito passivo

opta por postergar para o final do ano-calendário a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.

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

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

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

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

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

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

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

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

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

Logo, tendo sido alterada a base de cálculo eleita pelo legislador para a multa isolada de totalidade ou diferença de tributo ou contribuição para valor do

pagamento mensal, não há mais qualquer vínculo, ou dependência, da multa isolada com a apuração de tributo devido.

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

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

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

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

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

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

[...].

Ora, o legislador tinha conhecimento da jurisprudência deste Conselho quanto à impossibilidade de aplicação cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, além de outros entendimentos no sentido de que não poderia ser exigida se apurado prejuízo fiscal no encerramento do ano-calendário, ou se o tributo tivesse sido integralmente pago no ajuste anual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...];

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

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

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

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

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

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

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

A falta de recolhimento do tributo em si, que se perfaz a partir da ocorrência do fato gerador ao final do ano-calendário, sujeita-se a outra penalidade e a juros de mora incorridos apenas a partir de 1º de fevereiro do ano subsequente¹².

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

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

Explico.

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

PORTARIA Nº 97, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2009¹³

[...]

ANEXO I

I - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DO PLENO:

[...]

12. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

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

[...]

PORTARIA Nº 27, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2012¹⁴

[...]

ANEXO ÚNICO

[...]

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

[...]

17. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

¹² Neste sentido é o disposto no art. 6º, §1º c/c §2º da Lei nº 9.430, de 1996.

¹³ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 112, em 27 de novembro de 2009.

¹⁴ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 19, em 27 de novembro de 2012.

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

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

[...]

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

[...]

22. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

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

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

[...]

PORTARIA Nº18, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2013¹⁵

[...]

ANEXO I

I - Enunciados a serem submetidos ao Pleno da CSRF:

[...]

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

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

[...]

PORTARIA Nº 23, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2014¹⁶

[...]

ANEXO I

[...]

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

[...]

¹⁵ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 71, de 27 de novembro de 2013.

¹⁶ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 12, de 25 de novembro de 2014.

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

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

[...]

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

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

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

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

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

Para afastar esta interpretação, o enunciado aprovado pela 1ª Turma da CSRF em 2014 foi redigido de forma direta, de modo a abarcar, apenas, a jurisprudência firme daquele Colegiado: a impossibilidade de cumulação, com a multa de ofício proporcional aplicada sobre os tributos devidos no ajuste anual, das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas exigidas com fundamento na

legislação antes de sua alteração pela Medida Provisória nº 351, de 2007. Omitiu-se, intencionalmente, qualquer referência às situações verificadas depois da alteração legislativa em tela, em razão da qual a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas passou a estar prevista no art. 44, inciso II, alínea "b", e não mais no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, sempre com vistas a atribuir os efeitos sumulares¹⁷ à parcela do litígio já pacificada.

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

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

Acórdão nº 9101-001.261:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2001

¹⁷ Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, e alterado pela Portaria MF nº 586, de 2010:

[...]

Anexo II

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

Acórdão nº 9101-001.203:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2000, 2001

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

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

Acórdão nº 9101-001.238:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Exercício: 2001

[...]

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

Acórdão nº 9101-001.307:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 1998

[...]

MULTA ISOLADA APLICAÇÃO CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O

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

Acórdão nº 1402-001.217:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2003

[...]

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

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

[...]

Acórdão nº 1102-000.748:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

Ementa:

[...]

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

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

[...]

Acórdão nº 1803-001.263:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2002

[...]

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano.

Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem

jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O primeiro passo para o controle da constitucionalidade de uma sanção, através do princípio da proporcionalidade, consiste na perquirição dos objetivos imediatos visados com a previsão abstrata e/ou com a imposição concreta da sanção. Vale

dizer, na perquirição do interesse público que valida a previsão e a imposição de sanção”. (in “O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”, ed. Dialética, São Paulo, 2000, pg.135)

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

A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

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

[...]

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

[...]

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

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

ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.

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

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

3. Recurso especial improvido.”

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

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

É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do

IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96. Precedentes: REsp 492.865/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ25.4.2005 e REsp 574347/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004. Agravo regimental improvido.”

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

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

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

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

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

Frente a estas considerações, releva destacar que a penalidade em debate é exigida isoladamente, sem qualquer hipótese de agravamento ou qualificação e, embora seu cálculo tenha por referência a antecipação não realizada, sua exigência não se dá por falta de “pagamento de tributo”, dado o fato gerador do tributo sequer ter ocorrido. De forma semelhante, outras penalidades reconhecidas como decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias são calculadas em razão do valor dos tributos devidos¹⁸ e exigidas de forma isolada.

¹⁸ Lei nº 10.426, de 2002: Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - Dacon, nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal SRF, e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

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

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

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

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

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

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

2. Agravo Regimental não provido.

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

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

Favorece, assim, o sujeito passivo que se obrigou às antecipações para apurar o lucro tributável apenas ao final do ano-calendário, conferindo-lhe significativa

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

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

vantagem econômica em relação a outro sujeito passivo que, cometendo a mesma infração, mas optando pela regra geral de apuração trimestral dos lucros, suportaria, além do ônus da escrituração trimestral dos resultados, os encargos pela falta de recolhimento do tributo calculados desde o encerramento do período trimestral.

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

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

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

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

Oportuna, também, a citação da abordagem exposta em artigo publicado por Heraldo Garcia Vitta¹⁹:

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

A 'forma de sancionar' é instituída pelo legislador, segundo critérios de conveniência/oportunidade, isto é, discricionariedade. Compete-lhe elaborar, ou

¹⁹ http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2644

não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, ocorre cúmulo material.

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

[...];

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

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

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

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

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

Acrescente-se que não se pode falar, no caso, de *bis in idem* sob o pressuposto de que a imposição das penalidades teria a mesma base fática. Basta observar que as infrações ocorrem em diferentes momentos, o primeiro correspondente à apuração da estimativa com a finalidade de cumprir o requisito de antecipação do

recolhimento imposto aos optantes pela apuração anual do lucro, e o segundo apenas na apuração do lucro tributável ao final do ano-calendário.

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

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

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

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

[...]

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

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

Em verdade, a sistemática de antecipação dos impostos ocorre por diversos meios previstos na legislação tributária, sendo exemplos disto, além dos recolhimentos por estimativa, as retenções feitas pelas fontes pagadoras e o recolhimento mensal

obrigatório (carnê-leão), feitos pelos contribuintes pessoas físicas. O que se tem, na verdade são diferentes formas e momentos de exigência da obrigação tributária. Todos esses instrumentos visam ao mesmo tempo assegurar a efetividade da arrecadação tributária e o fluxo de caixa para a execução do orçamento fiscal pelo governo, impondo-se igualmente a sua proteção (como bens jurídicos). Portanto, não há um bem menor, nem uma conduta menos grave que possa ser englobada pela outra, neste caso.

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

Tais circunstâncias são totalmente distintas das que ensejam a aplicação de multa moratória ou multa de ofício sobre tributo não recolhido. Nesta segunda hipótese, sim, a base fática é idêntica, porque a infração de não recolher o tributo no vencimento foi praticada e, para compensar a União o sujeito passivo poderá, caso não demande a atuação de um agente fiscal para constituição do crédito tributário por lançamento de ofício, sujeitar-se a uma penalidade menor²⁰. Se o recolhimento não for promovido depois do vencimento e o lançamento de ofício se fizer necessário, a multa de ofício fixada em maior percentual incorpora, por certo, a reparação que antes poderia ser promovida pelo sujeito passivo sem a atuação de um Auditor Fiscal.

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

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

²⁰ Lei nº 9.430, de 1996, art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

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

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

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

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

A multa isolada teve em conta falta de recolhimento de estimativa de CSLL no valor de R\$ 94.130,67, ao passo que a multa de ofício foi aplicada sobre a CSLL apurada no ajuste anual no valor de R\$ 31.595,78. Discute-se, no caso, a aplicação da Súmula CARF nº 105 de seguinte teor: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Os períodos de apuração atuados estariam alcançados pelo dispositivo legal apontado na Súmula CARF nº 105. Todavia, como evidenciam as bases de cálculo das penalidades, a concomitância se verificou apenas sobre parte da multa isolada exigida por falta de recolhimento da estimativa de CSLL devida em dezembro/2002. Importa, assim, avaliar se o entendimento sumulado determinaria a exoneração de toda a multa isolada aqui aplicada.

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

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

[...]

Observa-se nas ementas dos Acórdãos nº 9101-001.261, 9101-001.307 e 1803-001.263 a abordagem genérica da infração de falta de recolhimento de estimativas

como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano, e que por esta razão é absorvida pela segunda infração, devendo subsistir apenas a punição aplicada sobre esta. Sob esta vertente interpretativa, qualquer multa isolada aplicada por falta de recolhimento de estimativas sucumbiria frente à exigência do ajuste anual com acréscimo de multa de ofício.

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

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

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

Divergência neste sentido, aliás, já estava consubstanciada antes da aprovação da súmula, nos termos do voto condutor do Acórdão nº 1201-00.235, de lavra do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

[...]

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

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

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

Abaixo, segue a discriminação dos valores:

Base estimada remanescente: R\$ 3.826.453,79

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

Especificamente acerca do princípio da consunção, vale o acréscimo das razões de decidir adotadas pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto e expostas, dentre outros, no voto condutor do Acórdão nº 9101-006.056²¹:

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

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

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

[...]

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

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

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

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

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como

²¹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados *CONSUNTOS*, que funcionam apenas como fases de

preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado *CONSUNTIVO*, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou inerente, dependentemente, deste último, *O SUJEITO ATIVO SÓ DEVERÁ SER RESPONSABILIZADO PELO ILÍCITO MAIS GRAVE*.²².

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

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

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

Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um *MINUS* em direção a um *PLUS*.²³ (destaques acrescentados).

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

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

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

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

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

²² RAMOS, Guilherme da Rocha. Princípio da consunção: o problema conceitual do crime progressivo e da progressão criminosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/996>> Acesso em: 6 dez. 2010.

²³ Idem, Idem

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Observe-se, também, que as manifestações do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema haviam sido editadas, apenas, no âmbito da 2ª Turma, como o acórdão exarado nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.603.525/RJ, proferido em 23/11/2020²⁴ e assim ementado:

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

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

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

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

IV - Agravo interno improvido.

Recentemente, porém, noticiou-se que as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça teriam se alinhado sob este entendimento, nos termos dos julgados proferidos à unanimidade no REsp nº 2.104.963/RJ²⁵, de 05/12/2023, e no REsp nº 1.708.819/RS²⁶, de 07/11/2023.

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

²⁴ Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator Francisco Falcão.

²⁵ A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Afrânio Vilela, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator Mauro Campbell Marques.

²⁶ Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator Sérgio Kukina. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

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

De toda a sorte, como antes registrado, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já vinha se manifestando contrariamente à cumulação da multa de ofício proporcional com a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas. Apenas que tal julgado, de 2020, contou com a participação de Ministros que não mais integram a Segunda Turma.

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

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

[...]

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

Como se vê, pretende a impetrante o reconhecimento de que as multas administrativas aplicadas constituem multa de ofício, para fins de gozo dos benefícios previstos na Lei 11.941 de 2009, que estabelece regime de parcelamento de débitos tributários. Com efeito, cabe observar que a multa de ofício objetiva penalizar o contribuinte que deixa de recolher os tributos de forma voluntária e, com isso, obriga o Fisco, mediante complexo procedimento de fiscalização, a verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável e calcular o montante do tributo devido. Todavia, a multa aqui analisada decorre da infração administrativa ao

controle das importações, sendo irrelevante que tenha havido ou não o pagamento dos tributos incidentes na importação. É certo, pois, que se trata de multa isolada, e não de multa de ofício. No que se refere à alegação de impossibilidade de cumulação da multa isolada e de ofício, melhor sorte não assiste à impetrante. Conforme esclareceu o juiz da causa, 'a multa isolada pela incorreta classificação da mercadoria importada - caso dos autos - tem expressa permissão para ser aplicada cumulativamente com outras penalidades administrativas, conforme disposto no § 2º do art. 84 da Medida Provisória 2.158-35/2001.

[...]

Estes descompassos impedem qualquer cogitação de mudança do entendimento até então afirmado por esta Conselheira.

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

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte nas matérias *“despesas de amortização de ágio”* e *“inaplicabilidade da multa isolada cumulada com multa de ofício”*.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro **Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic**

Pedi vista dos autos para examinar a admissibilidade do recurso especial do contribuinte com relação à matéria *“Despesas financeiras com juros”*. Nesse ponto, o despacho de admissibilidade deu seguimento ao recurso apenas com relação ao Acórdão paradigma nº 1402-002.119 (Caso Atacadão).

Com relação à dedutibilidade das despesas financeiras, os julgadores do **acórdão recorrido** (Acórdão nº 1401-006.944) analisaram operação na qual a empresa B5 contraiu empréstimo junto ao Banco Bradesco para financiar a aquisição da participação societária na Vale do Rosário (atual Biosev). Posteriormente, o investimento e a dívida foram transferidos da B5 para a CESE (empresa do mesmo grupo), que foi então incorporada pela Vale do Rosário (incorporação reversa). Com a incorporação, a dívida – posteriormente substituída por debêntures – passou a ser de responsabilidade da própria Recorrente, que passou a arcar com as despesas financeiras correspondentes.

Diante disso, entenderam os julgadores que a dívida foi contraída pela “B5 para proceder à aquisição das ações representativas do capital da interessada e, naquele momento, as despesas com o pagamento dos respectivos juros poderiam ser consideradas necessárias à devedora. Porém, com a transmissão deste débito para a interessada, isto não pode ser considerado verdadeiro, por óbvio, pois nenhuma companhia necessita contrair uma dívida para adquirir, de si mesma, suas próprias ações”. O racional do acórdão recorrido, pois, é construído sobre a tese de que a necessidade da despesa deve ser verificada pela pessoa jurídica que originalmente nela incorreu.

E, com isso, concluíram os conselheiros pela manutenção da “glosa das despesas financeiras com os recursos obtidos para a compra de suas próprias ações”, em razão da sua desnecessidade em relação à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

No **Acórdão paradigma nº 1402-002.119 (Caso Atacadão)**, por sua vez, os julgadores examinaram operação na qual a empresa Korcula (empresa do Grupo Carrefour constituída para a aquisição do Atacadão) tomou empréstimo para financiar parte da aquisição das quotas do Atacadão. A Korcula foi posteriormente incorporada pelo próprio Atacadão (incorporação reversa), de forma que a dívida – e as respectivas despesas financeiras – passaram a ser suportadas pela empresa adquirida.

É fato que a operação ali analisada é mais complexa. E essa complexidade importou aos julgadores no exame da possibilidade de amortização fiscal do ágio – o que levou o Caso Atacadão a ser descartado como paradigma em diversas oportunidades em que se discutia a amortização fiscal do ágio. Mas, especialmente no que se refere à dedutibilidade das despesas financeiras, a análise do relator expressamente desconsiderou toda a complexidade que envolve a amortização fiscal do ágio.

Ou seja, os pontos que poderiam desassemelhar o **acórdão recorrido do Acórdão paradigma nº 1402-002.119** – a investidora estrangeira não tinha capacidade financeira para aportar todo o capital necessário à aquisição e os empréstimos foram contraídos pela pessoa jurídica interposta – não importaram aos julgadores na análise da dedutibilidade das despesas financeiras.

Veja-se que o relator, nesse ponto, inicia o seu voto apresentando as alegações do contribuinte que supostamente justificariam a tomada dos recursos da investidora estrangeira e, em seguida, expressamente afirma que, no seu entender, não foi isso que ocorreu:

Além disso, haveria erro na interpretação dos fatos por parte da Fiscalização, isso porque, ainda que a dívida original tenha sido contratada pela KORCULA com parte relacionada no exterior (CARREFOUR BV), no final da operação a dívida foi tomada com terceiro (o BNP Paribas). No momento da incorporação de KORCULA ao patrimônio da RECORRENTE, a dívida questionada pela autoridade fiscal (Korcula x Carrefour BV) já havia sido quitada, de forma que a RECORRENTE teria assumido diretamente uma dívida com terceiro não relacionado (o BNP Paribas).

A opção pelo empréstimo, ainda segundo a RECORRENTE, se deu porque o Grupo Carrefour não deteria recursos disponíveis para investimento de longo prazo, tanto que, no período a que se refere o presente lançamento, o empréstimo já havia sido quitado, capitalizando novamente CARREFOUR BV, sendo que as despesas glosadas advieram justamente de novo empréstimo tomado junto a terceiros (e utilizados para quitação do empréstimo original alcançado por CARREFOUR BV).

Alega ainda que caso fosse considerado que a dívida foi efetivamente tomada face ao Carrefour BV, **o que, a seu ver, não foi o que teria ocorrido**, a dedução das despesas de juros incorridas no caso em exame só estariam sujeitas aos limites impostos pelas regras de preços de transferência (Lei nº 9.430/96), regras que foram plenamente observadas por KORCULA e pela RECORRENTE. É hipótese regulada de forma expressa pela legislação tributária em vigor. Assim, se a operação foi completamente efetuada de acordo com as regras que vigoravam à aquela época, não poderia a D. Fiscalização exigir ou obrigar que a Korcula ou a Recorrente adotassem a prática que elas entendem que resultaria em maior pagamento de tributo.

Em seguida, o relator delimita a sua análise: a dedutibilidade da despesa financeira a ser analisada decorre do empréstimo domado pela KORKULA do BNP Paribas:

O primeiro ponto a ser observado é que, embora a autoridade fiscal aborde o empréstimo inicial de KORCULA junto à CARREFOUR BV, **a glosa efetivamente realizada se deu em relação às despesas financeiras escrituras pela RECORRENTE e relativas ao empréstimo tomado junto a BNP Paribas.**

De toda forma, entendo assistir razão à RECORRENTE.

Imaginemos que a operação de capitalização tivesse ocorrido integralmente em BREPA, e esta adquirido ATACADÃO, sendo BREPA posteriormente incorporada por ATACADÃO. As despesas em questão poderiam ser questionadas? A própria decisão recorrida entende que não, uma vez que afirma categoricamente que “Enquanto a dívida era responsabilidade da

Korcula, cujo objeto social declarado era exclusivamente a participação em outras sociedades, os eventuais encargos eram dedutíveis”.

Discordo da decisão recorrida justamente a partir daí: como poderia uma despesa ser dedutível para determinada pessoa jurídica e, após essa ser incorporada por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, as mesmas despesas não mais serem dedutíveis?

A meu ver, a teor do que dispõe o art. 374 do RIR/99, as despesas com juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis como custo ou despesa operacional. Vejamos a redação de tal dispositivo: (...)

Obviamente, não se pode esquecer que continua válida a norma geral de dedutibilidade contida no art. 299 do RIR/99 no sentido de que as despesas são necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, quando pagas ou incorridas para a realização das transações exigidas pela atividade da empresa, e são usuais ou normais no tipo de transação, operações ou atividades da empresa. (...)

Retornando ao art. 374 do RIR/99, especificamente em seu inciso II, resta evidente que os juros pagos na aquisição de investimentos são dedutíveis. Ainda que tal dispositivo trate da necessidade de ativação de tais despesas financeiras durante a fase préoperacional da pessoa jurídica, fecha-se qualquer dúvida a respeito de sua dedutibilidade. Peço vênha para novamente destacar a redação de tal dispositivo: os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados. Ora, caso a pessoa jurídica não se encontre em fase pré-operacional, como no caso de KORCULA, ou ainda BREPA se não houvesse a interposição da empresa veículo, não há dúvidas que tais despesas são dedutíveis de imediato, exceto nas hipóteses em que a própria legislação impõe limites a tal dedutibilidade, como no caso de juros pagos a controlador no exterior (preço de transferência) ou subcapitalização, matérias sequer questionadas pela autoridade lançadora.

Aliás, a própria Receita Federal reconhece tais despesas como operacionais ainda que relacionada a financiamentos de ativos, Pareceres Normativos CST nº 127/73 e nº 26/79, como bem observa o Parecer anexo aos autos.

Corroborando a ideia de que tais despesas seriam dedutíveis pela holding (quer KORCULA, quer BREPA se assim fosse realizada a operação), o art. 31 da Lei nº 11.727/2008, assim dispõe: (...)

E, sendo a despesa dedutível pela holding, se esta vem a ser incorporada pela investida, como, aliás, permite explicitamente o art. 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97 para fins de amortização de ágio, a despesa antes dedutível assim permanecerá sendo na sucessora, por força do disposto no caput do art. 227 da Lei nº 6.404/76: (...)

Por fim, como o empréstimo tomado junto à BNP Paribas justamente serviu para quitação do mútuo original entre CARREFOUR BV e KORCULA, a meu ver, corrobora o argumento da RECORRENTE de que CARREFOUR BV não poderia ter utilizado tal parcela também para aumento de capital em BREPA, ou mesmo em KORCULA, em razão de não poder abrir de tais recursos financeiros a longo prazo. A quitação do empréstimo original, repito, fornece elementos mais concretos de que CARREFOUR BV poderia até fornecer recursos financeiros para sua holding no Brasil adquirir ATACADÃO, mas somente uma parte em caráter permanente (via aumento de capital), sendo o restante realizado por meio de mútuo em razão da necessidade de utilização de tais recursos em prazo mais curto, não se coadunando com aumento de capital para, logo em seguida, diminuí-lo para devolução à controladora no exterior.

Saliento ainda que a novel legislação que trata da subcapitalização (thin capitalization), somente vem corroborar que, em princípio, as despesas de mútuo entre controladora situada no exterior e controlada no Brasil são dedutíveis, somente limitando-se sua dedutibilidade a determinados patamares. No mesmo sentido, a legislação de preços de transferência também impõe limites a tal dedutibilidade, confirmando a tese de que, em regra, tais dispêndios são dedutíveis. Contudo, conforme já explanado, não foi esse o caminho seguido pela autoridade fiscal, que preferiu glosar integralmente tais despesas, a meu ver, de forma incorreta.

Ou seja, relator explica que, de acordo com o contribuinte, o empréstimo original foi tomado com parte relacionada no exterior (CARREFOUR BV) e, posteriormente, contraiu-se empréstimo com terceiro (BNP Paribas) para quitar o empréstimo inicial. Mas, para o relator, a dívida foi contraída com o BNP e, independentemente disso, a despesa dedutível para uma pessoa jurídica continua sendo para aquela que a sucede.

Portanto, a meu ver, ainda que a operação analisada no acórdão paradigma seja mais complexa, os fatos que importaram aos julgadores do acórdão paradigma especificamente com relação à dedutibilidade das despesas financeiras, muito se assemelham àqueles contidos no acórdão recorrido: uma pessoa jurídica contrai empréstimo com terceiro para aquisição de participação societária e, posteriormente, essa participação é transferida para outra pessoa jurídica, que passa a arcar com as despesas financeiras correlatas.

E, diante de situações semelhantes, os julgadores do acórdão recorrido e do **Acórdão paradigma nº 1402-002.119** chegaram a conclusões distintas com relação à dedutibilidade de despesas financeiras.

Por essa razão, voto por conhecer do recurso especial do contribuinte.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

ACÓRDÃO 9101-007.553 – CSRF/1ª TURMA

PROCESSO 16561.720091/2020-30