



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720115/2013-21
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-006.251 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 10 de agosto de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado AMCOR FLEXIBLES DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA;

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

RECURSO ESPECIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DISTINTAS DETERMINANTES DA DECISÃO. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

Se a divergência suscitada decorre de circunstância específica existente no recorrido e que não está presente nos paradigmas, não há como se estabelecer a divergência. Embora ambos os acórdãos tratem de casos de amortização de ágio, com utilização de empresas-veículo para viabilizar seu aproveitamento fiscal, emergem dos acórdãos circunstâncias que os tornam imprestáveis para vislumbrar o dissídio jurisprudencial suscitado.

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA ACESSÓRIA. MULTA QUALIFICADA. CONHECIMENTO DO RECURSO PREJUDICADO PELO FATO DE NÃO TER SIDO CONHECIDO DO RECURSO QUANTO À MATÉRIA RELATIVA À EXIGÊNCIA PRINCIPAL.

Tendo em vista não o conhecimento do recurso fazendário quanto à matéria atinente à exigência principal, resta prejudicada a apreciação da matéria sobre a qualificação da multa, vez que, ante a impossibilidade processual de restabelecer a exigência do crédito tributário principal não há motivo ou justificativa para o escrutínio jurisdicional da sanção correspondente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator

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 Guimaraes da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência (fls. 3.423 e ss.), previsto nos artigos 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, contra o acórdão nº 1301-002.434 (da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, fls. 3.388 e ss.), por meio do qual o colegiado, por maioria de votos, decidiu dar provimento ao recurso voluntário.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

DECADÊNCIA

Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, permite a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação. No caso vertente, a operação societária foi legítima e revestida dos pressupostos legais no tocante a transferência do ágio.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA

No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

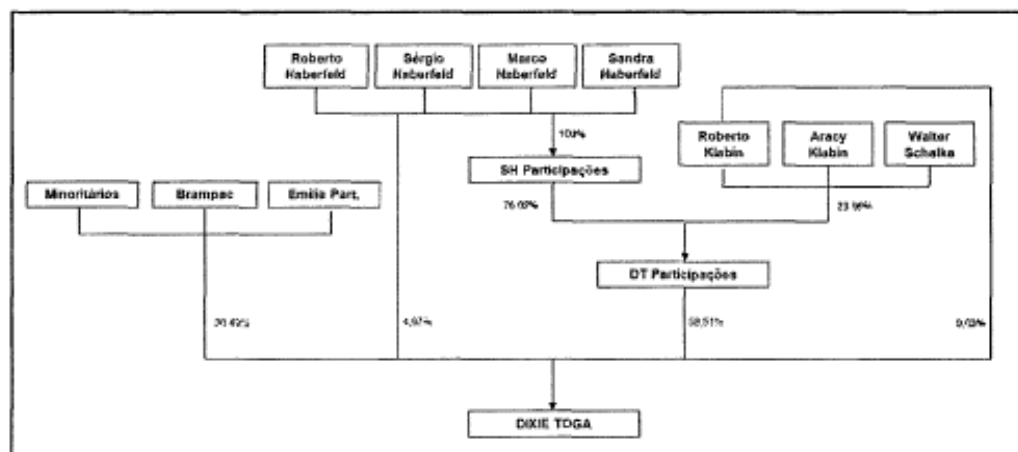
No presente processo discute-se a glosa de amortização de ágio efetuada pela fiscalização e que deu ensejo a lavratura de autos de infração de IRPJ/CSLL, em face das operações societárias realizadas que deram ensejo à aquisição formal pela Misbe Participações Ltda de participações diretas e indiretas na sociedade Dixie Toga Ltda.

O Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls. 2839/2920) traz uma síntese das operações, que julgo interessante transcrever com vistas à melhor compreensão das matérias em discussão pelo colegiado, *verbis*:

Trata-se o presente de lançamento em razão da exclusão indevida de valores que reduziram as bases de cálculo de IRPJ e CSLL nos anos calendários de 2009 a 2011, à título de despesas de amortização de ágio em situação que para o Fisco se constituiu como simulada e portanto irregular.

Passemos à análise dos fatos:

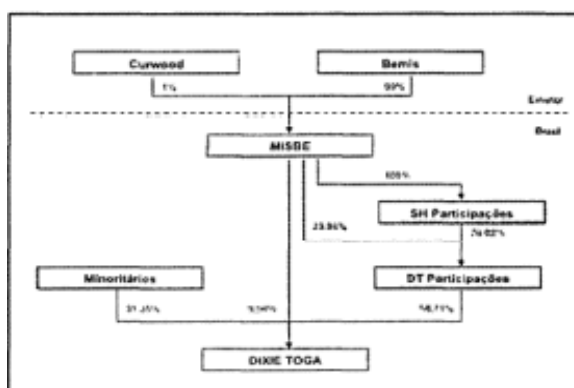
1) em 2005, o grupo Bemis quis adquirir as ações da Recorrente, que era uma sociedade anônima de capital aberto negociada em bolsa de valores, controladas pelas famílias Haberfeld e Klabin, conforme abaixo:



Para tanto, a Bemis se utilizou de uma empresa holding no Brasil, a Misbe Participações Ltda. (Misbe).

E em Janeiro de 2005, a Misbe adquiriu o controle acionário da empresa Dixie Toga S/A, como parte de sua expansão mundial de mercado no setor de embalagens. E para tanto, ela adquiriu as ações da Dixie Toga S/A detidas por pessoas físicas (famílias Haberfeld e Klabin), e ações de empresas holding que detinham ações da Dixie Toga S/A (SH Participações S/A " SH" e DT Participações S/A " DT"). Em seguida, a Misbe iniciou a aquisição de minoritários com a compra de ações da Dixie Toga S/A detidas por pessoas jurídicas (Brampac e Emília Participações).

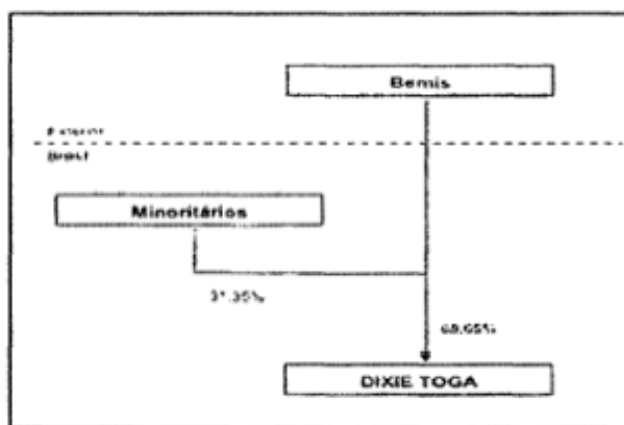
Dessa aquisição a Misbe registrou ágio, conforme art. 385 do RIR/99. Passando a estrutura ter a seguinte forma:



Continua a Recorrente, que o grupo Bemis ensejava continuar a adquirir ações da Dixie Toga S/A dos acionistas minoritários remanescentes, a Misbe permaneceu em funcionamento até dezembro de 2008.

Quando o Grupo Bemis decidiu simplificar a sua estrutura societária, eliminando todas as empresas holding, e assim sendo, a Misbe foi incorporada pela SH, e a SH foi incorporada pela DT, e, por fim, a DT foi incorporada pela Dixie Toga S/A, ora Recorrente.

Passando a estrutura final a seguinte:



Dessa forma, o ágio registrado pela Misbe compôs o patrimônio vertido na Dixie Toga S/A, e esta passou a amortizar o ágio a partir de janeiro de 2009, nos termos do art. 386 do RIR/99.

[...]

Encaminhados os autos para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN, em 03/07/2017 (fl. 3422), esta apresentou recurso especial em 04/08/2017 (fl. 3474), no qual se insurge e apresenta divergência jurisprudencial em relação a duas matérias, *verbis*:

1. Legitimidade do Aproveitamento fiscal de ágio; e
2. Multa qualificada.

O recurso especial foi objeto de exame de admissibilidade da presidente da 3ª Câmara desta Seção em 13 de setembro de 2017, por meio do qual deu-se seguimento ao recurso quanto à primeira matéria, *verbis*:

Aponta a Recorrente divergência de interpretação da legislação tributária em relação à matéria legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização do ágio.

Da legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização do ágio

Em relação a essa matéria, foram indicados como paradigmas os Acórdão n.º 9101-002.188 e o de n.º 9101-002213, cujas ementas dispõem o seguinte:

Acórdão n.º 9101-002.188 (1ª Turma da CSRF)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7o e 8o da Lei n.º 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7o e 8o da Lei n.º 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

Recurso Especial do Procurador Provido

Acórdão n.º 9101-002213 (1ª Turma da CSRF)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL. Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

Para fins de cotejo e demonstração da divergência jurisprudencial, a Recorrente transcreve com destaques trechos dos votos condutores do acórdão recorrido e dos paradigmas. Passo a transcrever alguns destes destaques que considero relevantes para demonstrar os fundamentos do decidido nos referidos acórdãos:

Trecho do voto condutor do Acórdão Recorrido

(...)

No caso em tela, a Fiscalização e a decisão a quo refutam a existência da Misbe, já que sem propósito negocial, constituindo-se tão somente em empresa veículo para a internalização do ágio, e que após uma série de operações não típicas de mercado, incorporações, realizadas em curtos espaços de tempo, visou

unicamente a utilização do ágio pago, implicando em grande "economia" de tributos pela empresa brasileira.

E que em resumo, concluiu-se que o controle da Recorrente foi de fato adquirido, com ágio, pela empresa americana Bemis, de forma indireta, com a criação de empresa veículo, para que fosse possível o aproveitamento do ágio, através de operações estruturadas em sequência, ocorridas em curto intervalo de tempo, passando a Bemis a ter o controle direto da ora Recorrente, que possui o "direito" de utilizar o ágio.

O que a ora Recorrente adquiriu, de fato, foi um investimento com ágio e não a simples transferência de ágio. E tal fato, nos termos da lei, art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, passa a ter a dedutibilidade das amortizações.

Ora, se os investimentos foram transferidos para a Recorrente, assim como os ágios respectivos, verifica-se a confusão patrimonial dos patrimônios das investidas pela investidora, passando o ágio a ser dedutível para fins fiscais.

Importante trazer aqui o contexto que os fatos aqui tratados ocorreram, conforme trazido pelo Recorrente, quais sejam, aquisição pela Bemis do grupo Dixie Toga no Brasil, o processo pelo qual ocorreram as aquisições de todos os seus controladores, inclusive de acionistas minoritários, e a necessidade da existência da Misbe, holding, responsável por toda a organização no Brasil e o relacionamento mantido com a CVM, e não o da simples e única pretensão de economia tributária. (...)

O questionamento, do uso indevido de empresas veículo ou a impossibilidade fática de incorporação às avessas são apenas consequências de uma intenção do investidor em apenas visar o benefício fiscal de amortização do ágio, fato que, para a fiscalização, não norteia o conceito de propósito negocial ou substância econômica.

Quanto a utilização de empresas veículo, entendo, não há qualquer vedação, vez que irrefutável a aplicação do art. 2º, § 3º da Lei n. 6.404/76, base legal para a constituição de holdings com o objetivo único de beneficiar-se de incentivos fiscais. (Destacou-se)

Trecho da ementa do Acórdão do 1º Paradigma

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

Trecho do voto condutor do Acórdão do 1º Paradigma

(...)

O §6º do art. 386 do RIR/99, na realidade o art. 8º da Lei nº 9.532/97 (do qual este é mera cópia), se utilizou de uma técnica legislativa que faz uso da propriedade transitiva, assim o que vale para o caput do art. 386 do RIR/99 vale para o §6º do mesmo artigo, fazendo-se apenas a adaptação para contemplar a situação prevista.

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige a investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

(...)

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material.

Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "As avessas", exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista **a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:**

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio. (destacou-se)

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora stricto sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

Nesse passo, devem ser restabelecidas as autuações fiscais a título de IRPJ e CSLL (Destacou-se)

Trecho da ementa do Acórdão do 2º Paradigma

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL. Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

Trecho do voto condutor do 2º Paradigma:

(...)É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso. O que não ocorreu no presente caso, já que o adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG) a adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL) continuam entidades absolutamente distintas após as operações societárias objeto de discussão, mormente em virtude de que os recursos da aquisição apenas transitam pela economia brasileira, sendo originados no exterior e em sequência retornados ao exterior.

(...)

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS APELBAUM, BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.

Como se vê, o 2ª paradigma apresentar praticamente o mesmo teor do 1ª paradigma, envolvendo também situação fática bastante assemelhada. Ou seja, nesse 2º paradigma, firmou-se também a tese de que a amortização do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a **real investidora**, afastando a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículo).

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que **a recorrente logrou êxito ao demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.**

Da situação fática assemelhada:

Tanto o acórdão recorrido, quanto os acórdãos paradigmas, tratam do aproveitamento da amortização fiscal do ágio referenciado o mesmo arcabouço jurídico, porém com conclusões diversas para fatos relevantes assemelhados, inclusive envolvendo em todos eles o processo de internalização de ágio gerado no exterior através de empresa constituída no Brasil (empresa veículo) em que se integraliza capital para a aquisição do investimento no Brasil.

Da existência de divergência:

Os paradigmas apresentam a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa "confusão patrimonial" entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição **pelo real investidor**, somente nessa situação a legislação admitiria que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição.

Ou seja, os paradigmas deixam claro que não admitem a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), nem muito menos a transferência do ágio, pois senão, estar-se-ia se ferindo os aspectos pessoal e material da regra matriz de incidência e, consequentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de "confusão patrimonial" entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investido é desconsiderada na medida em que não vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que resta configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica (empresa veículo), independente de propósito negocial, nas operações de alienação de investimentos, para fins exclusivos de permitir a fruição do benefício fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio pago pela incorporadora.

Diante do exposto, OPINO por **DAR SEGUIMENTO** ao Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, admitindo a rediscussão da matéria quanto à legitimidade da amortização fiscal do ágio.

À consideração da Sra. Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

[...]

Em cumprimento ao disposto no art. 18, inciso III, do Anexo II do RICARF, e com base nas razões retroexpostas, **DOU SEGUIMENTO** ao recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

[...]

Ocorre que ao r. despacho acima transcrito não se pronunciou sobre a admissibilidade da segunda divergência suscitada pela PFN, concernente à qualificação da multa de ofício, circunstância identificada no despacho de Solicitação de Diligência (fls. 3531/3533), por meio do qual os autos foram devolvidos à Presidência da 3ª Câmara para proferimento de despacho complementar.

Em 03 de outubro de 2018, foi proferido o despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial – COMPLEMENTAR (fls. 3535/3541) pela presidente da 3ª Câmara admitindo o recurso também quanto à segunda matéria, *verbis*:

[...]

Trata-se, portanto, de análise de admissibilidade do Recurso Especial de Divergência (fls. 3423-3473), em complemento ao despacho de admissibilidade anteriormente exarado.

[...]

2) Multa qualificada.

A questão da amortização do ágio já foi analisada no despacho de admissibilidade anterior, que concluiu pelo seguimento do recurso em relação à matéria. Passa-se ao exame complementar, no que concerne à multa qualificada.

Em relação ao tema, a Fazenda apresenta os acórdãos paradigmas n.º. **9101-002.802** (da 1ª Turma da CSRF, de 10/05/2017) e n.º. **1101-000.899** (da 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção, de 11/06/2013). Transcreveu inteiro teor das ementas no corpo do recurso.

Os paradigmas indicados constam do sítio do CARF na internet e até a interposição do recurso não haviam sido reformados. Ressalte-se que o sujeito passivo recorreu do acórdão n.º.1101-000.899, e a 1ª Turma da CSRF negou provimento ao recurso especial do contribuinte (acórdão n.º 9101-003.465), ratificando o entendimento consignado no segundo paradigma.

Transcreve-se a ementa do primeiro paradigma n.º. **9101-002.802**, naquilo que se refere à qualificação da multa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA-IRPJ

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

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

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 é possível a amortização do ágio quando a incorporadora não pagou pela aquisição do investimento.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

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

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Quando o planejamento tributário evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que se tratava de uma outra operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude a ensejar a multa qualificada.(negritos da Recorrente)

Defende a Recorrente que no recorrido e nos paradigmas discutiu-se a qualificação da multa, em razão de operações de reestruturação societária, com a utilização de empresas veículo, com o propósito exclusivo de possibilitar a amortização do ágio pago na aquisição do investimento. Acrescenta que a semelhança entre os processos se dá, a partir do momento que em todos eles, verifica-se a qualificação da multa de ofício pela autoridade fiscal, em razão da amortização de ágio com a interposição das empresas intermediárias/veículo.

Aponta divergência, posto que enquanto no acórdão recorrido entendeu-se pela desqualificação da multa, os acórdãos paradigmas entenderam pela manutenção da multa qualificada, nos casos como o dos presentes autos, em que há transferência de capital para aquisição de investimento por empresa veículo, seguida de sua incorporação pela investida (fl.3446).

No sentido de demonstrar a divergência, a Fazenda transcreveu trechos do aresto a quo e do paradigma n.º. **9101-002.802**, com destaque para as seguintes passagens:

Acórdão recorrido:

Da qualificação da Multa

Afastada a possibilidade de glosar o ágio aproveitado pela constatação de emprego de empresa veículo, cabe analisar os elementos pelos quais a Fiscalização entendeu que a Recorrente empregou o artifício da simulação, sob o pretexto de atendimento às normas do art. 386 do RIR, que a Bemis tinha a intenção clara e inequívoca de adquirir o controle da Dixie e para tanto, engendrou uma artimanha jurídica de interpor uma sociedade Misbe para realizar os pagamentos aos detentores de 68,65% das participações da Dixie. E que a internalização deste ágio teve como objetivo único a sua futura amortização tributária, visando a redução do pagamento de tributos federais ao Fisco. Tudo isso, agindo de forma dolosa, tentando iludir o Fisco, já que ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção ao montante do ágio amortizado tributariamente, induzindo a Fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Ora, por todo o já exposto anteriormente, não há que se falar em simulação ou fraude, mas tendo, todos os atos sido praticados nos termos da lei, entendo que não há que se falar em qualificação da multa.

Paradigma nº. 9101-002.802:

(...)

A fiscalização verificou que a CCL PAR era uma empresa escritural criada no Brasil pela empresa estrangeira CCL INC, com a finalidade exclusiva de viabilizar que o ágio envolvido na operação de compra da PRODESMAQ S/A pudesse ser amortizado no Brasil. Assim, entendeu que o referido ágio foi suportado, na verdade, pela CCL INC e não foi transferido para a PRODESMAQ, quando esta incorporou a CCL PAR.

(...)

Ora, se estamos falando em uma “recuperação”, é preciso que a sociedade que contabilizou o ativo com ágio tenha suportado o ônus desse ágio. Todavia, o que ficou demonstrado nos autos é que houve transferência de ágio pago por empresa internacional para empresa brasileira.

Por conseguinte, em se evidenciando que quem adquiriu foi a pessoa jurídica canadense, vez que os recursos partiram dela, e foram transferidos para a CCL PAR, não se pode admitir tal dedutibilidade. (...)

Assim, em que pese estarmos diante de um ágio pago entre partes independentes, o fato é que quem pagou não é a pessoa jurídica que está sendo incorporada.

(...)

Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.

A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois qual a razão de ser de uma empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?(grifo nosso)

A partir dos trechos transcritos pela Recorrente e da análise das decisões, é de se observar que as situações fáticas que ensejaram a qualificação da multa no recorrido e no paradigma são semelhantes, na medida em que trataram de investidor estrangeiro, com interesse na aquisição de empresa no Brasil, e para tal, constitui pessoa jurídica, considerada pela autoridade fiscal como *empresa veículo*, onde aporta recursos para efetivação da aquisição da participação societária. Ao final da sequência de operações, a pessoa jurídica criada pelo investidor estrangeiro é incorporada e extinta, com amortização do ágio pela empresa inicialmente objeto de aquisição.

Em ambos os casos, o Fisco entendeu que a transferência do ágio se deu de maneira indevida. No paradigma, destacou-se que a artificialidade das operações societárias caracterizaria simulação, enquanto que no recorrido, a autoridade fiscal ressaltou o evidente intuito de fraude, o que deu ensejo à multa qualificada.

No paradigma, foi dado provimento ao recurso da Fazenda para manter a glosa de despesa de amortização de ágio e a multa qualificada. Entendeu-se que para a dedução do ágio seria necessário que a incorporação se verificasse entre a investida e a real investidora, o que não ocorreu, posto que quem suportou o ágio foi a investidora no exterior.

Diante das operações societárias efetivadas pelo sujeito passivo, o Colegiado do paradigma afirmou não haver dúvida acerca da sua artificialidade e de seu caráter de simulação e, por conseguinte, restaurou a multa qualificada.

Contrariamente, no acórdão recorrido, a Turma julgadora considerou legítima a transferência do ágio através de empresa considerada veículo para aquisição de participação societária no Brasil, possibilitando a amortização da despesa. Em consequência, afastou a ideia de simulação ou fraude, bem como a multa qualificada.

Com efeito, constata-se a divergência de entendimento entre acórdão recorrido e o paradigma nº. **9101-002.802**, tendo em vista que diante de situações fáticas semelhantes, as decisões confrontadas trouxeram conclusões divergentes no que diz respeito à aplicação da multa qualificada.

Logo, em relação ao primeiro paradigma nº. 9101-002.802, a Recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência no que diz respeito à aplicação da multa de ofício qualificada.

O segundo paradigma nº. **1101-000.899** possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA-IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

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

MULTA QUALIFICADA. Sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

A Recorrente transcreveu trechos do recorrido, já transcritos, e do paradigma nº.1101-000.899 para demonstrar a divergência de entendimento, com destaque para os seguintes excertos da decisão paradigma:

Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos.

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64. Assim, a multa qualificada deve subsistir. (destaques da Recorrente)

No acórdão recorrido, a situação fática envolve autuação em face de amortização considerada indevida de despesa com ágio, tendo em vista transferência do ágio através de empresa veículo criada no Brasil para efetivar aquisição de participação de empresa no país por empresa estrangeira. Concluiu o Colegiado a quo pela legitimidade das operações e da amortização de despesa de ágio e, em decorrência, afastou a multa de ofício qualificada.

Enquanto que no paradigma, ao enfrentar situação fática semelhante, qual seja, a transferência do ágio através de empresas veículos, e a amortização do ágio sem que houvesse a confusão patrimonial entre investida e a real investidora, a Ilustre relatora do voto vencedor conclui pela manutenção da glosa da amortização do ágio e da multa qualificada. Considerou que a criação das empresas consideradas veículos tiveram por objetivo apenas criar um cenário semelhante à hipótese legal, e acatou o entendimento da autoridade lançadora que considerou que o negócio jurídico praticado foi fictício, ensejando a qualificação da multa de ofício.

De fato, verificam-se entendimentos divergentes no que diz respeito à aplicação da multa de ofício qualificada, na medida em que o aresto guerreado não enxergou qualquer artificialidade nas operações e afastou a multa de ofício qualificada.

De maneira contrária, o paradigma vislumbrou a artificialidade das operações, o que infringiu os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64, devendo subsistir a multa qualificada.

Em ambos os casos, tratou-se de glosa de despesa de amortização de ágio, envolvendo aquisição de pessoas jurídicas no país, com participação de investidor estrangeiro, com a criação de empresas brasileiras para permitir a transferência de capital para aquisição. Nos dois acórdãos a autoridade fiscal reconheceu ser indevida a dedução do ágio, diante de operações de reorganização societária efetivadas com a finalidade de transferir o ágio e reduzir a carga tributária na autuada.

Restou comprovado que diante de contexto fático semelhante, o segundo paradigma nº 1101-000.899 firmou entendimento contrário ao acórdão recorrido.

Portanto, ao segundo **paradigma nº 1101-000.899 ratifica a divergência no que diz respeito à aplicação da multa de ofício qualificada.**

O recurso atende aos demais requisitos de admissibilidade. Diante do exposto, com fundamento no art.67, do anexo II do RICARF, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO** ao Recurso Especial interposto pelo Fazenda Nacional no que tange à matéria da multa de ofício qualificada, em complemento ao despacho de admissibilidade constante de fls.3477-3483.

À consideração da Sra. Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

[...]

De acordo.

Com fundamento nos artigos 18, inciso III, 67 e 68 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF n.343/2015, DOU SEGUIMENTO ao recurso especial interposto Procuradoria da Fazenda Nacional, no q, ue tange à matéria da multa de ofício qualificada, em complemento ao despacho de admissibilidade constante de fls.3477-3483.

No mérito do recurso especial a PFN invoca as contrarrazões trazidas aos autos por ocasião do recurso voluntário, sustentando em síntese que o ágio amortizado é indedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99, haja vista que não há como aplicar a presunção de perda de investimento preconizada na Lei nº 9.532/1997 e que deve se mantida a multa qualificada uma vez que o negócio praticado pelo contribuinte foi realizado com evidente intuito fraudulento, por meio de uma sequência de operações societárias por meio das quais o contribuinte procurou a redução da sua carga tributária.

A contribuinte foi cientificada do recurso em 26/09/2017 (fl. 3494) e apresentou contrarrazões (fls. 3497/3528) em 09/10/2017 (fl. 3495), sustentando:

- a) Que o recurso especial da PFN não foi admitido e não deve ser conhecido quanto à aplicação da multa qualificada, na medida em que a turma *a quo* ao analisar o mérito afastou integralmente a exigência, de sorte que, de fato, não analisou a aplicação da multa qualificada, em que pese haja manifestação no voto condutor do acórdão nesse sentido;
- b) Que, caso esta turma decida pela procedência da acusação fiscal, o processo deverá retornar para a 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção para que a qualificação da multa de ofício seja analisada;
- c) No mérito defende a manutenção do acórdão recorrido pelas suas próprias razões uma vez que foi exaustivamente demonstrado que os institutos jurídicos utilizados foram lícitos e não ocorreu qualquer ato contrário à legislação, não havendo nenhuma falsificação de documentos ou omissão de informações.

Tendo em vista a necessidade de saneamento dos autos e da prolação de despacho de admissibilidade suplementar, a contribuinte foi novamente intimada em 11/10/2018 (fl. 3545) e ofereceu contrarrazões complementares (3549/3561) em 24/10/2018 (fls. 3547), por meio da

qual reitera a alegação de que o recurso especial não deve ser conhecido nesta parte, posto que o colegiado recorrido não apreciou efetivamente a matéria, uma vez que deu provimento integral ao recurso voluntário, cancelando a exigência, de sorte que caso o recurso fazendário seja provido no mérito, devem os autos retornar à turma *a quo* para apreciação da matéria discutida no recurso voluntário.

Aduz a contribuinte que o recurso fazendário, também, não pode ser conhecido por falta de demonstração analítica da divergência pela recorrente e, ainda, que embora os casos analisados nos acórdãos paradigmas refiram-se a operações de amortização de ágio com a utilização das denominadas "empresa veículo", cada qual possui particularidades distintas do presente processo e que afetam diretamente a análise da qualificação da multa, de sorte que inexistente similitude tática entre os casos comparados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

Do Conhecimento

O recurso especial é tempestivo e foi regulamente admitido.

A PFN recorre de duas matérias:

1. Legitimidade do Aproveitamento fiscal de ágio; e
2. Multa qualificada.

A contribuinte contesta apenas a admissibilidade da matéria relativa à multa qualificada.

Não obstante, entendo que é necessário empreender uma análise mais detida dos paradigmas apontados para caracterizar a primeira divergência suscitada.

Verifica-se que o acórdão recorrido trata da aquisição do controle acionário da empresa nacional Dixie Toga pelo grupo americano Bemis que, para tanto, criou uma holding no país (empresa veículo) para efetuar a compra das ações dos acionistas majoritários e, posteriormente, de participações de sócio minoritários.

A referida empresa veículo, segundo o acórdão recorrido, foi a responsável pelas transações no país, inclusive perante a CVM, e manteve-se ativa por três anos até que foram realizadas as operações societárias que permitiram a amortização do ágio pago na aquisição do controle acionário. É o que se extrai dos excertos do voto condutor, *verbis*:

Passemos à análise dos fatos:

1) em 2005, o grupo Bemis quis adquirir as ações da Recorrente, que era uma sociedade anônima de capital aberto negociada em bolsa de valores, controladas pelas famílias Habermeld e Klabin, conforme abaixo:

[...]

Para tanto, a Bemis se utilizou de uma empresa holding no Brasil, a Misbe Participações Ltda. (Misbe).

E em Janeiro de 2005, a Misbe adquiriu o controle acionário da empresa Dixie Toga S/A, como parte de sua expansão mundial de mercado no setor de embalagens. E para tanto, ela adquiriu as ações da Dixie Toga S/A detidas por pessoas físicas (famílias Habermeld e Klabin), e ações de empresas holding que detinham ações da Dixie Toga S/A (SH Participações S/A " SH" e DT Participações S/A " DT"). Em seguida, a Misbe iniciou a aquisição de minoritários com a compra de ações da Dixie Toga S/A detidas por pessoas jurídicas (Brampac e Emília Participações).

Dessa aquisição a Misbe registrou ágio, conforme art. 385 do RIR/99. Passando a estrutura ter a seguinte forma:

[...]

Continua a Recorrente, que o grupo Bemis ensejava continuar a adquirir ações da Dixie Toga S/A dos acionistas minoritários remanescentes, a Misbe permaneceu em funcionamento até dezembro de 2008.

Quando o Grupo Bemis decidiu simplificar a sua estrutura societária, eliminando todas as empresas holding, e assim sendo, a Misbe foi incorporada pela SH, e a SH foi incorporada pela DT, e, por fim, a DT foi incorporada pela Dixie Toga S/A, ora Recorrente.

Passando a estrutura final a seguinte:

[...]

Dessa forma, o ágio registrado pela Misbe compôs o patrimônio vertido na Dixie Toga S/A, e esta passou a amortizar o ágio a partir de janeiro de 2009, nos termos do art. 386 do RIR/99.

No caso em tela, a Fiscalização e a decisão a quo refutam a existência da Misbe, já que sem propósito negocial, constituindo-se tão-somente em empresa veículo para a internalização do ágio, e que após uma série de operações não típicas de mercado, incorporações, realizadas em curtos espaços de tempo, visou unicamente a utilização do ágio pago, implicando em grande "economia" de tributos pela empresa brasileira.

E que em resumo, concluiu-se que o controle da Recorrente foi de fato adquirido, com ágio, pela empresa americana Bemis, de forma indireta, com a criação de empresa veículo, para que fosse possível o aproveitamento do ágio, através de operações estruturadas em sequência, ocorridas em curto intervalo de tempo, passando a Bemis a ter o controle direto da ora Recorrente, que possui o "direito" de utilizar o ágio.

Conforme se verifica dos autos, e da decisão a quo, reitera-se que **não é caso de ágio gerado artificialmente**, mas de ágio decorrente da aquisição pela Bemis da participação societária de 68,65%, que a DT e a SH detinham junto à Dixie, em janeiro de 2005, no valor de R\$628.542.301,97, em que foi pago um ágio de R\$498.280.833,57, **operação com propósito negocial visível e envolvendo pessoas jurídicas independentes, com dispêndio de recursos e com previsão de ganho com base na rentabilidade futura.**

[...]

A Bemis, é uma empresa fundada nos Estados Unidos, em 1858, produtora de sacos de algodão para grãos e produtos moídos, e desde então vem expandindo e desenvolvendo sua produção e participação no mercado internacional. Assim, em 2004, decidiu adentrar no mercado brasileiro, mediante a aquisição do controle acionário da Dixie Toga S/A, o que ocorreu através da Holding Misbe, em janeiro de 2005, holding esta que foi responsável pela comunicação ao mercado da aquisição do controle da Recorrente, submetida às normas da CVM, bem como em relação às normas relativas aos acionistas minoritários.

Em razão inclusive da grande quantidade de acionistas minoritários, a existência da holding se justificou, já que foi ela que adquiriu as referidas ações. Ademais, em razão das taxas cobradas pelos bancos comerciais para a realização das operações de câmbio, conseguiu reduzir o custo das operações, bem como pelo pagamento em 3/4/2006 do ajuste do preço de aquisição às pessoas físicas, no valor de R\$9.122.400,00, fls. 2.698/2.699.

Dessa forma, mostrou-se que a Misbe teve função ao ser constituída, assim como serviu de porta-voz com a CVM, sendo responsável por todos os atos. Isso tudo por 3 anos.

Isso tudo demonstra que a existência da Misbe não teve o objetivo único, conforme mencionado pela Fiscalização e DRJ, de fraudar o Fisco, com o intuito único de economia tributária.

Portanto, aqui, importante ressaltar e pontuar que a fiscalização entende como válida a origem do ágio, bem como seu valor. Isso não é de nenhuma forma aqui atacado.

O ponto crucial está criação da empresa Misbe, como empresa-veículo e na sequência de operações societárias, incorporação reversa que levaram o ágio inicial para a ora recorrente, que nos termos da lei passou a deter o direito de amortiza-lo.

[...]

(grifei)

De outra parte, no primeiro acórdão paradigma indicado (9101-002.188) se analisa a transferência do ágio apurado e pago em operação anterior de aquisição de participação societária pela “real adquirente” que, em momento posterior, promove a incorporação da participação adquirida com o respectivo ágio em uma nova empresa que é utilizada em operações subsequentes para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio.

A própria ementa do Acórdão paradigma nº 9101-002.188 é suficiente para identificar a situação por ele analisada, *verbis*:

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, **para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar**, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

O relatório do acórdão paradigma detalha os passos da operação societária, *verbis*:

[...]

- a fim de melhor entender a "engenharia societária" adotada pelo grupo ACHE para a aquisição da BIOSINTETICA, operação esta que deu origem ao ágio cuja dedutibilidade da despesa de amortização está sendo ora discutida, são transcritos os fatos relevantes em ordem cronológica:

• 28/09/2005 - as empresas ACHE LABORATÓRIOS FARMACÊUTICA S/A e MAGENTA PARTICIPAÇÕES S.A. constituem a empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A., com a subscrição e integralização do capital social no valor de R\$ 100,00 (R\$ 99,00 pela ACHE, e R\$ 1,00 pela MAGENTA);

- 17/10/2005 - **as empresas ACHE e MAGENTA adquirem a totalidade das quotas da empresa BIOSINTETICA (ora Recorrente) pelo valor de R\$ 491.200.000,00.** Em face dessa aquisição, a ACHE passa a deter o controle societário da BIOSINTETICA, enquanto a MAGENTA apenas 1 (uma) quota dessa empresa;
- 30/11/2005 - **a ACHE subscreve e integraliza o aumento de capital da DELTA com a totalidade das quotas que detém da BIOSINTETICA pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Nessa operação a ACHE "cobra" da DELTA um ágio sobre as quotas da BIOSINTETICA no valor de R\$ 437.552.361,10;**
- 31/03/2006 — **a BIOSINTETICA incorpora a DELTA, absorve o ágio "pago" por essa empresa sobre suas próprias quotas, e passa a amortizá-lo para fins tributários;**
- não houve qualquer justificativa fático-negocial determinante das operações societárias que culminaram com a incorporação da DELTA pela BIOSINTETICA;
- não se verifica propósito outro que não fosse obstaculizar o recolhimento de tributos, notadamente com a utilização de empresa veículo (DELTA), contudo, outro foi o entendimento do acórdão objurgado;

E a conclusão do voto do acórdão paradigma deixa ainda mais clara a situação examinada naquele caso, *verbis*:

[...]

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material.

Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "As avessas", exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras

de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora strico [sic] sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

[...] (destaques meus)

Como se vê, no paradigma o ágio é pago em operação anterior de aquisição de participação societária pela “real adquirente” que, em momento posterior, promove a incorporação da participação adquirida com o respectivo ágio em uma nova empresa que é

utilizada em operações subsequentes, em curtíssimo prazo e sem qualquer justificativa, para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio.

A situação examinada no paradigma é distinta da discutida nestes autos em que, embora também exista a acusação da utilização de empresa-veículo para possibilitar o aproveitamento do ágio, neste caso o ágio já surge na empresa criada para tal fim (MISBE).

Esta empresa recebeu o aporte de recursos, a título de integralização de capital, da empresa estrangeira (BEMIS), que seria a “real investidora” e em nome próprio efetuou a aquisição da participação societária juntos aos acionistas majoritários e, posteriormente, de minoritários. O passo seguinte concernente à incorporação reversa da investidora pela investida com vistas a viabilizar a amortização do ágio, somente veio a ocorrer três anos depois do início do processo de aquisição das ações

Assim, não é possível afirmar que, diante deste quadro fático, o colegiado que proferiu o acórdão paradigma chegaria à mesma conclusão adotada no acórdão paradigma.

Desta feita, entendo que o primeiro acórdão paradigma não se presta para caracterizar a divergência jurisprudencial ante à substancial distinção fática dos casos comparados.

Melhor sorte, a meu ver, não encontra o segundo paradigma (9101-002.213) com vistas à caracterização da divergência.

Embora haja alguma semelhança com o acórdão recorrido no tocante à utilização de uma empresa veículo para aporte de capital e aquisição da participação societária por parte de empresa estrangeira, aqui também se verificam importantes dessemelhanças fáticas que impedem a caracterização do dissídio.

Nota-se que no caso paradigma a aquisição da participação acionária da empresa no país (COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL), cuja proprietária era outra empresa situada no exterior (COLUMBIAN INTERNACIONAL CHEMICALS), pelas empresas CC HOLDCO CAYMAN e CC HOLDCO LUXEMBURGO foi feita por intermédio de uma empresa veículo criada no país com este único propósito.

Além do fato de que todas as operações foram realizadas em curtíssimo espaço de tempo, observa-se que os recursos necessários à aquisição ingressaram no país e na mesma data foram remetidos para a empresa vendedora situada no exterior.

Ou seja, o que se verifica naquele caso é uma transação entre duas empresas situadas no exterior acerca da participação de uma delas em empresa situada no país tendo sido identificado como único propósito da interposição da empresa veículo no país a possibilidade de internalização do ágio gerado no exterior e seu posterior aproveitamento fiscal.

A transcrição de excertos do acórdão paradigma permite visualizar melhor a operação realizada naquele caso, *verbis*:

Relatório

[...]

Reproduzo, a seguir, trecho do Termo de Verificação Fiscal de fls. 867 a 910, que contém uma síntese dos fatos que deram origem ao ágio, no caso concreto:

- A empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. era uma subsidiária integral da sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION.

[...]

- Em 06/02/2006, foi constituída a empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., tendo como seus 2 (dois) únicos sócios as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L (99,90% de participação no capital social) e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD (0,10% de participação no capital social).

- Em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD integralizaram, em dinheiro, o aumento do capital social da sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., e ainda a sociedade CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L emprestou, a título de mútuo, recursos à sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, tendo como objetivo o pagamento à sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, através da empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., do ágio no valor de R\$ 215.159.478,40, referente à aquisição da empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

[...]

- Em 14/07/2006, a empresa CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. é incorporada pela empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. que passa, a partir dessa data, a amortizar o referido ágio.

De acordo com a autoridade fiscal, a real operação econômica ocorrida foi a de que, em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, sediadas no exterior, adquiriram a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. pagando à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, também no exterior, o ágio de R\$ 215.159.478,40, de acordo com a seguinte representação gráfica:

[...]

Assim, **o que houve foi tão somente o pagamento efetuado por um não residente a outro não residente, pela aquisição de uma empresa domiciliada no Brasil. O ágio foi desembolsado no exterior e deveria ter sido lá contabilizado pela compradora estrangeira. O uso da empresa veículo teve como único objetivo carrear o ágio para o território nacional, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo.** Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada, de modo que os recursos que entraram no país não podem ser caracterizados como capitais estrangeiros, conforme a definição prescrita no art. 1º da Lei nº 4.131/62.

[...]

Voto

[...]

Sopesados os argumentos da recorrente, os argumentos contidos no ac. recorrido e nas contrarrazões, em relação ao mérito, no que diz respeito aproveitamento do ágio, entendendo não ter razão o contribuinte, devendo ser provido o recurso fazendário.

Não obstante tenha havido a efetiva transferência de recursos das sociedades CC HOLDCO S.ÀR.L (LUXEMBOURG) e CC HOLDCO (LTD CAYMAN) - HOLDCO para a sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., na realidade essa última empresa apenas serviu de receptáculo de tais recursos que, no mesmo dia, foram transferidos, de imediato, para a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), visando à aquisição da empresa recorrente, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso. O que não ocorreu no presente caso, já que o adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG) a adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL) continuam entidades absolutamente distintas após as operações societárias objeto de discussão, mormente em virtude de que os recursos da aquisição apenas transitam pela economia brasileira, sendo originados no exterior e em sequência retornados ao exterior.

Veja-se que é exatamente isto que preconiza a legislação de regência, quando diz “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”, 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” (inciso III e caput do art. 7º da Lei 9.532/1997). Mas veja-se que o permissivo legal não ocorre no caso, reitere-se, pois a empresa adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG), que adquiriu a COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL, pagando no exterior (via remessa a partir do Brasil, de recurso para cá enviados pro ela com este fim) à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), não incorpora nem é incorporada pela adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL).

[...]

Como se vê, embora ambos os acórdãos cotejados tratem da utilização de empresa veículo para a aquisição e da ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e a investida, notam-se significativas diferenças fáticas entre os casos, de sorte que não é possível afirmar como o colegiado que proferiu o acórdão paradigma analisaria o presente caso.

Destarte, entendendo que não ficou efetivamente caracterizada a divergência suscitada em face do segundo paradigma.

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso quanto à primeira matéria.

Não se conhecendo do recurso fazendário quanto à primeira matéria, fica automaticamente prejudicado o conhecimento da matéria relativa à multa qualificada.

Não obstante, analiso as objeções à admissibilidade trazidas pela contribuinte em suas contrarrazões

Com efeito, a contribuinte, em suas contrarrazões, sustenta que o recurso especial não deve ser conhecido nesta parte, posto que o colegiado recorrido não apreciou efetivamente a matéria, uma vez que deu provimento integral ao recurso voluntário, cancelando a exigência, de sorte que caso o recurso fazendário seja provido no mérito, devem os autos retornar à turma a quo para apreciação da matéria discutida no recurso voluntário.

Entendo que assiste razão à contribuinte quanto ao primeiro argumento.

Com efeito, não há como se considerar que o colegiado *a quo* se pronunciou acerca da multa qualificada na medida em que votou por dar provimento integral ao recurso, cancelando a exigência principal.

Desta feita, a despeito de ter constado do voto da relatora uma análise dos fundamentos da qualificação da multa por parte da autoridade fiscal, sequer tal matéria é retratada na ementa. Além disso, como bem aponta a contribuinte, a relatora também afastou a discussão das multas isoladas de estimativa, onde inclusive afirma o não cabimento de qualquer multa ante ao cancelamento da exigência principal, e da incidência de juros sobre a multa, tudo em face do provimento do recurso quanto à exigência principal. Importa transcrever o trecho dos votos, *verbis*:

Da qualificação da Multa

Afastada a possibilidade de glosar o ágio aproveitado pela constatação de emprego de empresa-veículo, cabe analisar os elementos pelos quais a Fiscalização entendeu que a Recorrente empregou o artifício da simulação, sob o pretexto de atendimento às normas do art. 386 do RIR, que a Bemis tinha a intenção clara e inequívoca de adquirir o controle da Dixie e para tanto, engendrou uma artimanha jurídica de interpor uma sociedade Misbe para realizar os pagamentos aos detentores de 68,65% das participações da Dixie. E que a internalização deste ágio teve como objetivo único a sua futura amortização tributária, visando a redução do pagamento de tributos federais ao Fisco. Tudo isso, agindo de forma dolosa, tentando iludir o Fisco, já que ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção ao montante do ágio amortizado tributariamente, induzindo a Fiscalização a avalizar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Ora, por todo o já exposto anteriormente, não há que se falar em simulação ou fraude, mas tendo, todos os atos sido praticados nos termos da lei, entendo que não há que se falar em qualificação da multa. (g.n)

Da aplicação da multa isolada em concomitância com a multa de ofício

Por todo o exposto acima, em razão do cancelamento do lançamento, não há que se falar em aplicação da multa isolada ou qualquer outra multa. (g.n)

Da exigência de Juros sobre multa de ofício

Da mesma forma, **em razão do cancelamento do lançamento, não há que se falar em aplicação de juros sobre a multa de ofício.** (g.n)

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, conheço do Recurso Voluntário, e no mérito voto por DAR-LHE PROVIMENTO.

[...]

Como se nota claramente no voto transcrito não há uma análise efetiva por parte da relatora quanto à acusação fiscal. Apenas remete às conclusões anteriores, quando apreciou o mérito, para reafirmar a legalidade das operações societárias praticadas e concluir “**que não há que se falar em qualificação da multa**”, assim como o faz em relação às multas isoladas e ao juros sobre a multa.

Destarte, resta claro que o colegiado não se debruçou sobre a aplicação da multa qualificada ao caso concreto, limitando-se a apreciar o mérito da exigência principal, afastando-a.

Situação similar já foi discutida nesta turma, em outra composição¹, ao proferir o Acórdão nº 9101-004.498, de 06/11/2019. Naquele caso, não havia recurso da PFN sobre a qualificação da multa, que também constou do voto condutor do acórdão recorrido, em que pese o provimento integral do recurso na exigência principal. Ali a discussão centrou-se na necessidade de devolução ou não para apreciação do colegiado *a quo*, ante ao provimento do recurso especial fazendário.

A posição ora defendida, se amolda ao posicionamento da d. conselheira Edeli Pereira Bessa naquele caso, em que defendeu a necessidade de devolução dos autos ao colegiado *a quo* para apreciação da multa qualificada, na medida em que tal discussão não estava compreendida na decisão recorrida na qual, também, havia sido dado provimento integral ao mérito da exigência, como se colhe de sua declaração de voto, *verbis*:

[...]

Divergi da maioria da Turma nas discussões acerca do retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação da qualificação da penalidade.

É certo que o voto condutor do acórdão recorrido traz consignado que:

Com relação à multa qualificada, esta, também por consequência lógica de todo o exposto para considerar válida a amortização do ágio, não deve ser aplicada.

Ainda que desnecessário, vez que o valor principal da presente cobrança fora afastada, sinto-me na obrigação de dizer que, ainda que o valor principal fosse devido, a aplicação da multa qualificada seria de toda improcedente.

¹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia De Carli Germano, Andréa Duek Simantob, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

[...] Acordam, por maioria de votos, quanto à qualificação da multa, em não determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem para apreciar a matéria, vencidas as conselheiras Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner, Andrea Duek Simantob e Adriana Gomes Rêgo, que entendiam pelo retorno.

Isso porque, as operações societárias, conforme detalhadamente demonstrado, não se deram de modo fraudulento ou simulatório, assim, ainda que a glosa da dedução do ágio permanecesse, não faria qualquer sentido aplicar a pesada multa qualificada de 150%, que visa alcançar somente aqueles que agem com a intenção de burlar o fisco.

Nestes termos, o Conselheiro Relator primeiro afirma que a multa qualificada deve ser cancelada por decorrência lógica do cancelamento do principal exigido. Assim, suscitada a divergência jurisprudencial acerca do fundamento para cancelamento do principal, o litígio passa a abranger, também, as exigências decorrentes. Em consequência, revertido o entendimento que motivou a exoneração do crédito tributário no acórdão recorrido, são restabelecidas as exigências correspondentes, tanto o principal como a penalidade e os juros de mora sobre ele aplicados.

Somente assim não seria se houvesse fundamento autônomo e suficiente, não atacado pelo recurso especial, a sustentar a exoneração de alguma outra parcela do exigência, de modo que a divergência suscitada não permitisse revertê-la. A jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores orienta nesse sentido:

Súmula 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

Ocorre que os demais argumentos deduzidos no voto condutor do acórdão recorrido não se caracterizam como fundamento autônomo para a exoneração da multa qualificada.

Em primeiro lugar, a abordagem é precedida da expressão “ainda que desnecessário”, o que já retira qualquer conteúdo decisório do que consignado na sequência. Além disso, o Conselheiro Relator registra “sinto-me na obrigação de dizer”, e esta postura deve ser interpretada em face do que dispõe o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n 343, de 2015, em seu Anexo II:

Art. 59. As questões preliminares serão votadas antes do mérito, deste não se conhecendo quando incompatível com a decisão daquelas.

§ 1º Rejeitada a preliminar, será votado o mérito.

§ 2º Salvo na hipótese de o conselheiro não ter assistido à leitura do relatório feita na mesma sessão de julgamento, não será admitida abstenção.

[...]

Neste cenário, se o Conselheiro Relator restasse vencido em seu entendimento contrário à exigência do principal, ele não poderia se abster de manifestar seu voto quanto às exigências decorrentes. Esta a razão, portanto, de os argumentos antes transcritos serem trazidos pelo relator, ainda que já firmado entendimento preliminar suficiente para a desconstituição da integral da exigência.

Em verdade, houve apenas erro de formalização no acórdão recorrido porque, ao prevalecer a proposta do Conselheiro Relator de cancelamento do principal, a segunda parte de seu voto, por desnecessária, deveria ter sido excluída na formalização do acórdão.

Ressalte-se que os fundamentos para afastamento da qualificação da penalidade sequer foram alçados à ementa do acórdão recorrido, assim como nada neste sentido constou do dispositivo do acórdão, como se vê em seus termos a seguir transcritos:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para manter, apenas, a glosa da despesa com indenização a clientes e o respectivo IRRF. Vencidos os Conselheiros João Thomé e Ronaldo Apelbaum, que davam integral provimento ao recurso. Os Conselheiros João Thomé e Roberto Caparroz acompanharam o Relator pelas conclusões no que toca à amortização do ágio.

Apesar de suficiente esta abordagem para evidenciar que seria necessário o retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação da qualificação da penalidade, outra análise pode ser empreendida para avaliar se o acórdão recorrido está assentado em mais de um fundamento suficiente e autônomo.

Para tanto, toma-se como referência a integralidade do voto condutor do acórdão recorrido e inverte-se o fundamento que se quer saber se é autônomo e suficiente, verificando-se se a resultante seria uma decisão distinta da adotada. No caso, como resultado desta inversão teríamos que o principal é indevido porque válida a amortização do ágio, mas a multa qualificada é procedente porque fraudulentas as operações societárias. Contudo, a conclusão ainda assim seria que a exigência deve ser integralmente afastada, porque o principal é indevido. Ou seja, a decisão adotada pelo Colegiado *a quo* seria a mesma: dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente a exigência.

Conclui-se, do exposto, que os fundamentos expressos no voto condutor do acórdão recorrido para exoneração da multa qualificada não se constituem em *ratio decidendi* do acórdão recorrido, mas mero *obiter dictum*. Assim, restabelecido o principal exigido, os autos devem retornar ao Colegiado *a quo* para apreciação da defesa da Contribuinte contra a qualificação da penalidade.

É como voto.

Entendo que, apesar de pequenas nuances entre os casos, o brilhante raciocínio da i. conselheira Edeli Pereira Bessa ajusta-se perfeitamente ao presente caso.

Assim, acolho o primeiro argumento da contribuinte e voto no sentido de não conhecer do recurso quanto à matéria relativa à multa qualificada.

No tocante ao argumento da falta de demonstração analítica da divergência, entendo que não assiste razão à contribuinte, tendo a recorrente sido suficientemente diligente ao procurar demonstrá-la no seu recurso, com transcrição e destaques de trechos nos acórdãos cotejados.

Com relação à alegação de falta de similitude entre os casos cotejados, cabe analisar.

Com relação ao primeiro paradigma arrolado (9101-002.802), a relatora, i. conselheira Adriana Gomes Rego, se pronunciou no voto condutor sobre a aplicação da multa qualificada, *verbis*:

Multa qualificada (PRODESMAQ)

A fiscalização entendeu que o contribuinte agiu com dolo ao amortizar ágio de terceiros, transferido por meio da interposição de empresa veículo na compra da PRODESMAQ

S/A, o que deu ensejo à qualificação da multa de ofício imposta sobre o valor dos tributos que deixou de ser recolhido.

A decisão recorrida afastou o dolo por entender que, se o ágio foi pago e a transação ocorreu entre partes independentes, a interpretação equivocada da lei não é suficiente para manutenção da qualificadora.

A Fazenda Nacional recorreu contra essa decisão, por entender que a desnecessária interposição de uma empresa veículo na compra da PRODESMAQ S/A, chegando-se ao mesmo resultado de uma compra direta, diferenciando-se apenas pela transferência do ágio, demonstra um artificialismo que caracteriza o dolo do contribuinte.

O contribuinte, em contrarrazões, afirma que o recurso da Fazenda Nacional não deve ser provido em razão de a fiscalização não ter demonstrado a ocorrência de simulação, fraude ou conluio, conforme exigido pela legislação. Ademais, a jurisprudência do CARF é majoritária no sentido de não ser aplicável a qualificação da multa de ofício quando da dedução da amortização de ágio em casos semelhante ao presente.

E, no que diz respeito à acusação fiscal de empresa veículo, quando fala do propósito negocial, aduz o contribuinte que a CCL PAR era necessária para a centralização das atividades do Brasil.

Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.

A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois qual a razão de ser de uma empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?

Entendo que o argumento de que a CCL PAR não pode ser considerada como empresa veículo, porque possuía um propósito negocial, que era a introdução da CCL INC no mercado nacional, viabilizando a aquisição da PRODESMAQ S/A, não justifica o planejamento adotado porque o investimento dessa empresa estrangeira, no Brasil, poderia ter sido feito de forma direta, ou seja, pela aquisição direta da PRODESMAQ S/A, assim como ocorreu com a aquisição da CCL PAR. Ou seja, a PRODESMAQ S/A poderia, sim, ser essa centralizadora das atividades no Brasil.

Assim, o único propósito da interposição da CCL PAR na aquisição da PRODESMAQ INC foi possibilitar que o ágio, o qual foi suportado pela empresa estrangeira, fosse transferido para a empresa adquirida.

Como evidenciado expressamente pela Fiscalização (item 182 do TVF), corroborando o intuito doloso do contribuinte o fato do ágio ter sido fundamentado tão somente na expectativa de rentabilidade futura, desprezando-se por completo a parcela derivada do fundo de comércio da empresa e da avaliação do seu ativo a valor de mercado, vez que esta não gera amortizações dedutíveis do IRPJ e da CSLL.

A respeito do fundo de comércio, a fiscalização lembra do valor agregado relativo à mão de obra especializada, à rede de clientes e fornecedores, às certificações e a outras

riquezas intangíveis associadas à empresa adquirida. A fiscalização também aponta como a aquisição em tela foi feita considerando o valor contábil do ativo, cuja depreciação já estava na ordem de 81%, muito aquém do seu valor de mercado.

Por oportuno, transcrevo trechos do relatório fiscal:

[...]

Apesar de a redução do custo tributário ser uma meta válida na atividade empresarial, observa-se que aqui não está em discussão a ética empresarial, mas sim a legislação tributária, em cujo âmbito, a dissimulação do fato gerador ou a redução dissimulada do valor devido são considerados ilícitos tributários qualificados que dão ensejo à exasperação da multa de ofício.

Em face ao exposto, entendo que a decisão recorrida deve ser reformada para que seja restabelecida a qualificação da multa de ofício originalmente exigida. Portanto, dou provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

[...]

(grifei)

De fato, entendo que assiste razão à contribuinte quanto ao não acolhimento do primeiro paradigma. Naquele caso, diferente do quanto aqui analisado, as operações foram realizadas em curtíssimo espaço de tempo entre a aquisição e a incorporação da empresa veículo, que se revelou completamente sem substância naquele negócio.

Para além disso, a relatora aponta razão adicional para configurar o dolo, inexistente no presente caso, concernente à falta de avaliação do fundo de comércio e outros ativos, conforme apontado pela fiscalização, revelando o intuito de inflar o valor do ágio que seria apurado com base na rentabilidade futura.

Destarte, entendo que não existe similitude fática suficiente entre o primeiro paradigma e o recorrido para amparar a divergência no tocante à aplicação da multa qualificada, que, como bem aponta a contribuinte em suas contrarrazões, depende de uma análise casuística e da valoração dos elementos qualitativos apontados em cada caso, que revelam-se bastante distintas neste caso.

Com relação ao segundo paradigma, a contribuinte também aponta a falta de similitude entre as situações examinadas, apontando que *“naquele processo, um dos elementos que motivou a convicção a respeito da configuração de dolo por parte da fiscalização foi o fato de que a formação do ágio teria ocorrido em circuito fechado, ou seja, entre empresas do mesmo grupo econômico”*.

A redatora do voto vencedor do segundo paradigma, i. conselheira Edeli Pereira Bessa, assim consignou as razões para a manutenção da multa qualificada naquele caso, *verbis*:

[...]

Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, *montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real*. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as

incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, *a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos.*

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, *infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64.* Assim, a multa qualificada deve subsistir.

[...]

Em que pese a estrutura adotada no negócio seja semelhante à discutida no acórdão recorrido, entendo que existem dessemelhanças concretas na situação examinada no paradigma em relação ao acórdão recorrido, notadamente a montagem das operações em sequência, em curtíssimo espaço de tempo e a falta de desempenho de qualquer papel efetivo das empresas interpostas na operação como veículo da aquisição.

De outra parte, verifica-se no acórdão recorrido aponta-se que a empresa veículo (MISBE), além de ter servido para a aquisição do controle societário junto aos acionistas majoritários, teve continuidade por 3 anos antes de ser incorporada, período em que adquiriu participações de sócios minoritários, o que teria inclusive gerado economia efetiva de recursos, *verbis*:

[...]

A Bemis, é uma empresa fundada nos Estados Unidos, em 1858, produtora de sacos de algodão para grãos e produtos moídos, e desde então vem expandindo e desenvolvendo sua produção e participação no mercado internacional. Assim, em 2004, decidiu adentrar no mercado brasileiro, mediante a aquisição do controle acionário da Dixie Toga S/A, o que ocorreu através da Holding Misbe, em janeiro de 2005, holding esta que foi responsável pela comunicação ao mercado da aquisição do controle da Recorrente, submetida às normas da CVM, bem como em relação às normas relativas aos acionistas minoritários.

Em razão inclusive da grande quantidade de acionistas minoritários, a existência da holding se justificou, já que foi ela que adquiriu as referidas ações. Ademais, em razão das taxas cobradas pelos bancos comerciais para a realização das operações de câmbio, conseguiu reduzir o custo das operações, bem como pelo pagamento em 3/4/2006 do ajuste do preço de aquisição às pessoas físicas, no valor de R\$9.122.400,00, fls. 2.698/2.699.

Dessa forma, mostrou-se que a Misbe teve função ao ser constituída, assim como serviu de porta-voz com a CVM, sendo responsável por todos os atos. Isso tudo por 3 anos.

Isso tudo demonstra que a existência da Misbe não teve o objetivo único, conforme mencionado pela Fiscalização e DRJ, de fraudar o Fisco, com o intuito único de economia tributária.

Portanto, aqui, importante ressaltar e pontuar que a fiscalização entende como válida a origemação do ágio, bem como seu valor. Isso não é de nenhuma forma aqui atacado.

O ponto crucial está criação da empresa Misbe, como empresa-veículo e na sequência de operações societárias, incorporação reversa que levaram o ágio inicial para a ora recorrente, que nos termos da lei passou a deter o direito de amortiza-lo.

[...]

Desta feita, entendo que inexiste similitude fática suficiente entre os acórdãos comparados com vistas à caracterização da divergência.

Assim, também por estas razões, entendo que o recurso especial não deve ser conhecido quanto à matéria relativa à multa qualificada.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso especial interposto pela PGFN.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado