



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16561.720154/2014-18
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1402-002.500 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2017
Matéria IRPJ - AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO
Recorrentes BIOSINTETICA FARMACEUTICA LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. PESSOA JURÍDICA INTERPOSTA.
AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como os artigos 385 e 386 do RIR/99, serão corretamente atendidos somente quando a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato), posto que não há previsão legal ampliativa dos aspectos pessoa e material a outras pessoas jurídicas ou, ainda, que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. Neste viés, indevida a amortização do ágio quando da transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar.

MULTA QUALIFICADA. INTENÇÃO FRAUDULENTA NÃO
CARACTERIZADA. AFASTAMENTO DA PENALIDADE.

É inapropriada a aplicação da multa qualificada quando resta não demonstrada a intenção do contribuinte de sonegar total ou parcialmente o tributo. Não havendo prova da existência de dolo ou fraude, cabível o afastamento da qualificadora.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.
CABIMENTO.

A incidência da taxa de juros SELIC sobre os juros moratórios que recaem sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal é legítima. Pauta-se o afirmado pela Súmula CARF nº 4. Ressalte-se que, quanto à alegação de que não haveria incidência de juros sobre a multa de ofício, tal fato não decorre da autuação, mas sim do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor resultante do auto de infração, no seu respectivo vencimento, momento em que se iniciará o computo de juros sobre a multa.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Em se tratando de exigências reflexas de contribuições que têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do Imposto de Renda, a decisão de mérito prolatada no principal constitui prejulgado na decisão dos decorrentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento aos recursos de ofício e voluntário.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto (Presidente), Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Paulo Mateus Ciccone, Caio Cesar Nader Quintella e Demetrius Nichele Macei.

Relatório

Adoto a seguir, integralmente, o relatório do Acórdão de Impugnação nº 12-79.003, proferido pela 8ª Turma da DRJ/RJ, julgado em 22 de dezembro de 2015.

"Trata-se de auto de infração de IRPJ e CSLL lavrados nos valores principais de R\$.29.107.657,43 e R\$ 10.478.756,68. Sobre este valores principais incidiu a multa de ofício de 150% e juros de mora calculados até 12/2014.

A descrição dos fatos no auto de infração remete para o Termo de Verificação Fiscal (TVF) que, em síntese, tem o seguinte conteúdo:

Que a fiscalização é continuação da que deu origem ao auto de infração contido no processo nº 16.643.720.001/2011-18, cujos fatos mais importantes são:

“Dos fatos ocorridos até a aquisição da Biosintética Farmacêutica Ltda CNPJ nº 53.162.095/0001-06, (doravante denominada simplesmente, Biosintética) pela empresa Aché Laboratórios Farmacêuticos S. A. CNPJ nº 60.659.463/0001-91 (doravante denominada simplesmente Achê), em 17/10/2005:

1. A empresa Biosintética Farmacêutica Ltda, de responsabilidade limitada ao total do capital da sociedade, foi constituída em 10 de janeiro de 1984, e teve definido como objeto social a exploração da indústria, comércio, a distribuição, a importação e a exportação de produtos farmacêuticos, de insumos utilizados na produção de medicamentos, de produtos veterinários, bem como de máquinas, aparelhos, equipamentos e seus acessórios utilizados na indústria química e farmacêutica e outros produtos correlatos, de alimentos em geral, inclusive dietéticos, desinfetantes, saneantes domissanitários; cosméticos, produtos de higiene pessoal, toucador e perfumes, e outros produtos correlatos; a prestação de serviços de assistência médica, farmacêutica e auxiliares; a representação comercial; a exploração de negócios relacionados com a comunicação e informação, abrangendo a elaboração de revistas, jornais e periódicos direcionados à classe médica; o armazenamento, embalagem e reembalagem de produtos importados; a participação em outras sociedades, como quotista ou acionista.

2. Consta no Contrato Social consolidado da Biosintética Farmacêutica Ltda, de 04 de fevereiro de 2002, que passaram a ser sócios Mércia Maria Aché Visconde — CPF 763.068.018-04, com 4.024.494 quotas, Omilton Visconde Júnior - CPF 052.283.968-10, com 598.502 quotas, Henry Visconde – CPF 074.003.298-47, com 598.502 quotas e Mareei Visconde - CPF 111.623.518-88, com 598.502 quotas.

3.. A Alteração do Contrato Social de 30 de setembro de 2005, registrada na Jucesp em 17 de outubro de 2005 — nº 293.954/05-7, tratou do aumento do capital social de R\$ 9.231.685,54 para R\$ 29.253.652,88, totalmente subscrito e integralizado pelos sócios, mediante capitalização de lucros acumulados, sem a criação de novas quotas, que passaram, então, de R\$ 1,54 para R\$ 4,88 cada quota. Eram sócios Mércia Maria Aché Visconde - CPF 763.068.018-04, com 4.145.233 quotas, Omilton Visconde Júnior - CPF 052.283.968-10, com 924.684 quotas, e Mareei Visconde - CPF 111.623.518-88, com 924.684 quotas, (**doc. 2- fls. 19/33**).

4. Na Alteração Contratual datada de 10 de outubro de 2005, registro Jucesp nº 293.955/05-0 de 17/10/2005 (fls. 112/134), consta que a sócia Mércia Maria Aché Visconde fez doação de 3.108.924 quotas aos demais sócios e a Henry Visconde. As quotas ficaram assim distribuídas: Mércia Maria Aché Visconde- CPF 763.068.018-04, com 1.036.309 quotas, Omilton Visconde Júnior - CPF 052.283.968-10, com 1.960.992 quotas, Mareei Visconde - CPF 111.623.518-88 com 1.960.992 quotas, e Henry Visconde CPF 074.003.298-47, com 1.036.308 quotas. Nesta ocasião não houve alteração do valor do capital social.

5. No dia seguinte, 11 de outubro de 2005, a empresa passou por nova alteração em seu contrato social, tal alteração foi registrada na Jucesp com o nº 293.956/05-4, em 17/10/2005, sendo mantido o valor do capital social, os sócios retiram-se da sociedade, com exceção da Mércia Maria Aché Visconde, por cessão e transferência de todas as suas quotas, por compra e venda, da seguinte maneira:

| Sócio | Total de quotas | Empresa adquirente | Total de quotas |
|--------------------------|-----------------|--|-----------------|
| Omiilton Visconde Júnior | 1.960.992 | Baraúna Holding Participações Ltda CNPJ: 06.982.167/0001-81 | 1.960.992 |
| Marcel Visconde | 1.960.992 | Flegma Holding Participações Ltda CNPJ: 07.245.393/0001-42 | 1.960.992 |
| Henry Visconde | 1.036.308 | Dominante Holding Participações S A CNPJ: 07.241.783/0001-44 | 1.036.308 |

6. Em trabalho de diligência fiscal nas empresas supracitadas restou comprovado que as participações foram vendidas pelos seguintes valores:

| Sócio | Empresa adquirente | Total de quotas | Valor de aquisição |
|--------------------------|--|-----------------|--------------------|
| Omiilton Visconde Júnior | Baraúna Holding Participações Ltda CNPJ: 06.982.167/0001-81 | 1.960.992 | R\$ 153.749.388,83 |
| Marcel Visconde | Flegma Holding Participações Ltda CNPJ: 07.245.393/0001-42 | 1.960.992 | R\$ 153.749.388,83 |
| Henry Visconde | Dominante Holding Participações S A CNPJ: 07.241.783/0001-44 | 1.036.308 | R\$ 81.250.571,97 |

7. Registrada na Jucesp sob o nº 338.497/05-5, nova Alteração do Contrato Social, de 17 de outubro de 2005, menciona que todos os sócios da fiscalizada retiraram-se da sociedade pela cessão e transferência de todas as suas quotas, por compra e venda, à empresa Aché e à empresa Magenta Participações S A, CNPJ 04.347.517/0001-02, doravante denominada simplesmente "Magenta".

8. Foi juntada a Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada na empresa Aché, em 14/10/2005, (fls. 135/136) onde consta que, por unanimidade de votos e sem quaisquer restrições, os sócios deliberaram pela aquisição do controle societário da empresa Biosintética, pelo valor de até R\$. 491.200.000,00.

9. Assim, o capital social de R\$ 29.253.652,88 da Biosintética, dividido em 5.994.601 quotas, com valor nominal unitário de R\$ 4,88 por quota, ficou distribuído entre os novos sócios na seguinte proporção: 5.994.600 quotas no valor de R\$ 29.253.648,00 pertencente à Aché e 01 quota no valor de R\$ 4,88 pertencente à Magenta.

10. Do Contrato de Compra e Venda de Quotas da Biosintética para a Aché, datado de 17 de outubro de 2005, podem-se extrair as seguintes observações:

a) Partes: Mercia Maria Aché Visconde, CPF 763.068.018-04 (vendedor 1), Baraúna Holding Participações Ltda.- CNPJ 06.982.167/0001-81 (vendedor2), Flegma Holding Participações Ltda. - CNPJ 07.245.393/0001-42 (vendedor 3), Dominante Holding Participações SA. — CNPJ 07.241.78310001-44 (vendedor 4), Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. –CNPJ 60.659.463/0001-91 (compradora) e Biosintética Farmacêutica Ltda.-CNPJ53.162.095/0001-06(sociedade).

b)Intervenientes Anuentes: Omilton Visconde Júnior, Mareei Visconde, Henry Visconde e Delta Participações Farmacêuticas SA — sem número de CNPJ.

c) Objetivo da celebração do contrato: cessão e transferência, por venda, da totalidade das quotas da Biosintética Farmacêutica Ltda. para a compradora Aché Laboratórios Farmacêuticos SA.

d)Preço: a compradora pagou aos vendedores o preço, da seguinte forma: O montante de R\$ 457.151.660,13, em fundos imediatamente disponíveis, por meio de transferência eletrônica disponível (TED) nas contas correntes indicadas no Anexo 2.2 9(a) .

O montante inicial da conta de ajuste/Banco Santos, equivalente a R\$ 3.500.000,00, por meio de TED na Conta de Ajuste/Banco Santos. Esse valor integra o Preço e seu pagamento está sujeito aos termos e às condições ajustadas na Cláusula Segunda do referido Contrato.

O montante inicial da Conta de Garantia/Indenização, equivalente a R\$ 30.000.000,00, por meio da TED na Conta de Garantia/Indenização. Esse valor é parte integrante do pagamento e está sujeito aos termos e às condições ajustadas na Cláusula Segunda do referido Contrato.

11. Os comprovantes dos depósitos apresentados - (**doc. 9**), e a planilha abaixo demonstram os valores pagos a cada antigo sócio:

| 1. Sócio vendido | 2. CNPJ/CP | Data do pagamento | Valor Pago pela Adquirente (R\$) |
|--|---------------------------|--------------------------|---|
| <i>Mércia Maria Aché Visconde</i> | <i>763.068.018-04</i> | <i>17/10/2005</i> | <i>84.820.779,78</i> |
| <i>Baraúna Holding Participações Ltda</i> | <i>06.982.167/0001-81</i> | <i>17/10/2005</i> | <i>160.505.091,22</i> |
| <i>Flegma Holding Participações Ltda</i> | <i>07.245.393/0001-42</i> | <i>17/10/2005</i> | <i>160.505.091,22</i> |
| <i>Dominante Holding Participações S A</i> | <i>07.241.783/0001-44</i> | <i>17/10/2005</i> | <i>84.820.697,91</i> |
| Total | | | 490.651.660,13 |

12. A avaliação econômico-financeira das quotas da Biosintética foi elaborada pelo Banco Pactual S.A. por solicitação da empresa Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. — Logo

no início do documento constam os critérios técnicos utilizados na avaliação da empresa, com base em balanço de 31/08/2005, e foi finalizado com a estipulação do valor das quotas da fiscalizada.

13. No dia 27 de setembro de 2005, em Assembleia Geral Extraordinária a empresa Ache Laboratórios Farmacêuticos SA, CNPJ 60.659.463/0001-91, em Ata registrada na Jucesp sob o nº 302.611/05-8, aprovou a constituição da empresa Delta Participações

Farmacêuticas S.A., (doravante denominada simplesmente Delta) nos seguintes termos:

“Os Acionistas, por unanimidade de votos e sem quaisquer restrições, deliberam o quanto segue:

(i) Constituição da empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A.

Aprovar a Constituição da Delta Participações Farmacêuticas SA., uma sociedade por ações de capital fechado, cujo estatuto social e respectivos atos constitutivos encontram-se anexos, a qual terá seu capital inicial integralmente detido por esta Companhia (99 ações ordinárias) e pela Magenta Participações SA. (1 ação ordinária).

(ii) Aumento de Capital da Delta Par. Aprovar o oportuno aumento de capital da Delta Par, cujos recursos se destinarão à aquisição do controle societário da Empresa-Alvo do Projeto Delta. Se até a data da conclusão da negociação persistir a greve da Secretaria da Receita Federal, que tem impedido a obtenção do Cadastro Nacional de Pessoa jurídica — CNPJ e, em decorrência, a abertura e movimentação de conta bancária da Delta Par, o aumento de capital ora aprovado será feito com a própria participação societária adquirida, (destaques são do original).

14. Um dia após, 28/09/2005, as empresas Aché e Magenta se reuniram para a constituição da empresa Delta, conforme se pode observar na Ata da Assembleia Geral de Constituição da Sociedade por Ações, mediante subscrição e integralização do capital social no valor de R\$ 100,00, sendo 99 ações ordinárias no valor de R\$ 99,00 pela Aché e 1 ação ordinária no valor de R\$ 1,00 pela Magenta.

15. No ato de constituição foram eleitos os seguintes membros da diretoria da Companhia:

- Eloi Domingues Bosio — CPF 577.349.848-00, como diretor-presidente.

- José Ricardo Mendes da Silva - CPF 011.288.748-14, como diretor vicepresidente.

16. Ambos eram diretores das empresas Ache e Magenta, sendo que o primeiro exercia o cargo de Diretor Presidente nas duas empresas.

17. O Estatuto Social da empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A., informa que a Companhia tinha como objeto social a participação em outras sociedades, civis ou comerciais, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista, além da gestão e a comercialização de bens próprios.

18. Em 30 de novembro de 2005, a Assembleia Geral Extraordinária realizada na empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A. tinha como ordem do dia a:

- (a) ratificação da nomeação realizada pelos administradores da Companhia de empresa especializada para avaliação das quotas de emissão da Biosintética Farmacêutica Ltda ("Biosintética");
- (b) aprovação do Laudo de Avaliação das quotas de emissão da Biosintética;
- (c) aumento do capital social da Companhia; e
- (d) outros assuntos de interesse da Companhia.

19. Houve, então, a ratificação da nomeação e a aprovação do Laudo de Avaliação elaborado pelo Banco Pactual, com base no critério de perspectiva de rentabilidade futura. Vale informar que este é o mesmo Laudo utilizado na aquisição da Biosintética pelo Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A., em outubro de 2005;

20. Consta no item 5.3 da referida Ata de Assembleia, doc. 13, a seguinte deliberação sobre o aumento do capital da empresa Delta:

5.3 Aumento do capital social da Companhia. Aprovar o aumento do capital social da Companhia da R\$ 100,00 (cem reais) para R\$ 490.651.760,13 (quatrocentos e noventa milhões, seiscentos e cinquenta e um mil, setecentos e sessenta reais e treze centavos), mediante a emissão de 490.651.660 (quatrocentas e noventa milhões, seiscentas e cinquenta e uma mil, seiscentas e sessenta) ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, e pelo preço de emissão de R\$ 1,00 (um real) por ação, totalizando R\$ 490.651.660,13 (quatrocentos e noventa milhões, seiscentas, cinquenta e um mil, seiscentos e sessenta reais e três centavos). As ações ora emitidas são, neste ato, totalmente subscritas e integralizadas pelo Aché, por meio da entrega, à Delta Par da totalidade das quotas de emissão da Biosintética de propriedade do Aché, no valor total de R\$ 490.651.660,13 (quatrocentas e noventa milhões, seiscentos e cinquenta e um mil, seiscentos e sessenta reais e treze centavos), conforme laudo de avaliação emitido pelo Banco Pactual e aprovado no item 5.2 supra. A acionista Magenta Participações S. A. renuncia expressamente, neste ato, ao seu direito de preferência em relação à presente subscrição em favor de Aché.

21. A Biosintética ao ser intimada a indicar os motivos ou fins da operação de constituição da Delta e informar sobre os benefícios esperados respondeu que a Delta foi estrategicamente constituída para a aquisição de investimento na empresa Biosintética, da qual se extrai o trecho a seguir:

Esclareça-se que não se vislumbraram benefícios de natureza tributária na aquisição pela Delta da Biosintética, uma vez que tal aquisição teve os mesmos efeitos fiscais que seriam aplicáveis na hipótese de aquisição pela empresa Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A ou qualquer outra empresa do Grupo. A aquisição da Biosintética pela Delta motivou-se pelas razões estratégicas de natureza empresarial, comercial, patrimonial e legal (...)

22. Na mesma resposta, a empresa alega que por motivo de greve na Secretaria da Receita Federal, o pagamento referente à aquisição da Biosintética foi feito pela Aché e que na sequência integralizou o capital social da empresa Delta com a totalidade das quotas da nova empresa do Grupo.

23. Alegou ainda, que o Grupo Aché decidiu pela compra da Biosintética de forma separada em decorrência dos seguintes objetivos:

(a) permitir uma detalhada análise da área de produtos genéricos, que não correspondiam à expertise e tradição do Grupo Aché, a fim de permitir uma potencial segregação e alienação, caso fosse recomendável;

(b) permitir a detalhada análise dos produtos das diferentes áreas de negócios e dos seus respectivos contratos, a fim de decidir pela manutenção ou não de um ou mais produtos e dos ativos a eles vinculados; e (c) permitir uma melhor avaliação das potenciais contingências vinculadas à Biosintética, a fim de decidir pela manutenção da empresa no Grupo ou pela sua alienação pela Delta.

24. Através do Termo de Intimação nº 03, doc. 35, a Contribuinte foi intimada a informar os motivos ou fins da operação de incorporação da empresa DELTA, pela Biosintética, destacando os benefícios esperados de natureza empresarial, patrimonial, legal, financeira, tributária e/ou quaisquer outros efeitos positivos, bem como os eventuais fatores de risco envolvidos e para que fossem destacados os resultados alcançados. Além disso, também foi intimada a apresentar cópia do intitulado "Projeto Delta", referido em Ata de Assembleia Geral Extraordinária da empresa Ache, realizada em 27/09/2005, conforme resposta ao item 5 do Termo de Intimação nº 02/2010.

25. Relativamente à incorporação da empresa Delta a resposta foi praticamente a mesma já apresenta (item 21). Quanto ao “projeto Delta” esclareceu que foi um nome atribuído pelo grupo Aché ao processo de aquisição da empresa Biosintética para preservar o sigilo necessário durante o período de negociações.

Reorganizações societárias no Grupo Aché envolvendo a empresa Biosintética Farmacêutica

26. Em 30/11/2005, aproximadamente um mes e meio após a aquisição da Biosintética, as novas sócias decidiram ceder e transferir, sem ônus, a totalidade da participação da empresa Biosintética, ou seja, as 5.994.600 quotas, no valor de R\$ 29.253.648,00, à empresa Delta, de acordo com Alteração do Contrato Social da Biosintética, registrada na Jucesp em 01/02/2006, sob o nº 38.241/06-7. Assinaram a referida Ata os diretores Eloi Domingues e por José Ricardo Mendes da Silva, que eram diretores de todas as empresas envolvidas naquele momento.

27. Na mesma data, 30/11/2005, também foi realizada Assembleia Geral Extraordinária na empresa Aché, para ratificar o Laudo de Avaliação da Biosintética elaborado pelo Banco Pactual S.A., com data base de 31/08/2005, considerando como critério a rentabilidade futura da empresa que seria transferida à Delta.

28. Esquema ilustrativo das modificações societárias ocorridas em 30 de novembro de 2005: imagem na folha 2.832 do Acórdão de Impugnação.

29. Em 29/12/2005, a sócia Delta aumentou o capital social da Biosintética, com a emissão de 8.035.253 novas quotas no valor nominal de R\$ 4,88, totalmente subscritas e integralizadas em moeda corrente. O capital social passou, então, para R\$ 68.465.687,96, dividido em 14.029.854 quotas. Informa ainda que a empresa Magenta permaneceu com uma única quota, no valor de R\$ 4,88.

30. Na Alteração do Contrato Social de 27 de março de 2006, consta que a empresa Delta promoveu novo aumento do capital social da Biosintética mediante a emissão de 745.347 novas quotas, com valor unitário de R\$ 4,88, totalmente subscritas e integralizadas em moeda corrente. O capital social passou para R\$ 72.102.983,31, dividido em 14.775.201 quotas. A participação da empresa Magenta permaneceu inalterada.

31. Em março de 2006, quatro meses após a criação da empresa Delta , as sócias da Biosintética (Delta e Magenta) com a presença da empresa Aché resolveram que a controlada Biosintética incorporaria a sua controladora, a Delta Participações, conforme se pode depreender da Alteração do Contrato Social, de 31 de março de 2006, e da Ata da Assembleia Geral Extraordinária ocorrida na Delta , em 31 de março de 2006. Em ambas está anexado o Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação.

32. Datado de 28 de março de 2006, o Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação entre Delta e Biosintética, apresenta as seguintes justificativas e detalhamento sobre a composição do capital social após a incorporação e qual seria o tratamento a ser dado para o ágio:

1. JUSTIFICAÇÃO

CONSIDERANDO que a DELTA PAR é controladora da BIOSINTÉTICA, sendo titular da totalidade do seu capital social, com exceção da única quota detida pela MAGENTA PARTICIPAÇÕES SA. ("MAGENTA");

CONSIDERANDO que, uma vez realizada a aquisição da BIOSINTÉTICA, vem sendo realizada uma série de ações visando ao conhecimento e controle da operação farmacêutica da BIOSINTÉTICA;

CONSIDERANDO que as administrações das empresas têm o compromisso com uma série de ações visando ao aproveitamento de sinergias operacionais, administrativas e econômicas da operação farmacêutica;

CONSIDERANDO que, finalmente, a incorporação pela BIOSINTÉTICA da INCORPORADA é evento integrante do grupo de ações com esse objetivo, vindo a permitir, ainda a melhoria do fluxo de caixa da BIOSINTÉTICA, resultante da amortização do ágio pago quando da aquisição da INCORPORADORA;(…)

4.COMPOSIÇÃO DO CAPITAL SOCIAL APÓS A INCORPORAÇÃO

Destinação do Acervo Vertido: Do acervo da DELTA PAR a ser incorporado pela BIOSINTÉTICA:

(a) o montante de R\$100, 00 (cem reais) será registrado na conta "caixa";

(b) o montante de R\$438.189.656,45 (quatrocentos e trinta e oito milhões, cento e oitenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e quarenta e cinco centavos) será registrado na conta "ativo diferido"; e

(c) o montante de R\$438.189.656,45 (quatrocentos e trinta e oito milhões, cento e oitenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e quarenta e cinco centavos) será destinado à conta reserva de capital — reserva especial de ágio.

Capital Social da Incorporadora: A incorporação pela BIOSINTÉTICA do acervo da DELTA PAR, objeto deste Protocolo e Justificação, acarretará aumento de capital na INCORPORADORA, no valor de R\$ 100,00 (cem reais), mediante a emissão de 20 (vinte) quotas, com valor nominal de R\$ 4,88 (quatro reais e oitenta e oito centavos) cada uma. Desta forma, o capital social da INCORPORADORA, caso confirmados os referidos valores, passará a ser de R\$ 72.103.083,31 (setenta e dois milhões, cento e três mil e oitenta e três reais e trinta e um centavos).

5. TRATAMENTO DO ÁGIO

Montante do Ágio a ser Amortizado e Benefício Fiscal: O montante do ágio a ser vertido para a BIOSINTÉTICA, em conformidade com o descrito neste Protocolo e Justificação, está fundamentado com base na expectativa de rentabilidade futura da BIOSINTÉTICA. Consoante a legislação em vigor, considerando-se prazo mínimo de amortização de 5 (cinco) anos para a BIOSINTÉTICA, o montante do ágio a ser amortizado será de R\$ 438.189.656,45 (quatrocentos e trinta e oito milhões, cento e oitenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e quarenta e cinco centavos) e o benefício fiscal estimado a ser aproveitado na BIOSINTÉTICA será de R\$ 148.984.483,19 (cento e quarenta e oito milhões, novecentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e três reais e dezenove centavos).

Incorporação da Reserva Especial de Ágio: O ACHE LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS SA. terá a faculdade de, na qualidade de acionista controlador, incorporar ao capital da BIOSINTÉTICA a reserva especial de ágio nela registrada.

33. Com base no Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação, a incorporação às avessas se efetivou, nos termos mencionados na Alteração Contratual supracitada (doc. 20):

(a) a totalidade do patrimônio da DELTA PAR avaliado pelo seu valor contábil em 28 de fevereiro de 2006, nos termos do respectivo Laudo de Avaliação, será vertido por incorporação à Sociedade, com a decorrente extinção da DELTA PAR;

(b) em consequência da incorporação em questão, o capital da Sociedade será aumentado em R\$147.854,00 (cento e quarenta e sete mil, setecentos e cinquenta e quatro reais), sendo que RS 147.754,00 (cento e quarenta e sete mil, setecentos e cinquenta e quatro reais) referem-se à transferência da participação da DELTA PAR na COPAXONE FARMACÊUTICA LTDA para a Sociedade, e R\$100,00 (cem reais) referem-se à versão do caixa da DELTA PAR, e

(c) ainda em razão da versão da totalidade do patrimônio da DELTA PAR à Sociedade e sua consequente extinção, todas as quotas de participação no capital da Sociedade de propriedade da DELTA PAR serão atribuídas ao ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S.A., único acionista de todas as ações do capital da DELTA PAR, com os mesmos direitos das quotas anteriormente detidas pela DELTA PAR no capital da Sociedade.

34. O Laudo de Avaliação, elaborado pelos contadores Rubens Gomes Leal — CRC/SP nº 1SP208092/0-8, Maria Cristina Tordino Lugli - CRC/SP 1SP112356/0-1 e Eduardo Lisboa Miranda -CRC/SP 1SP209874/0-8; com data de 28 de março de 2006, elaborado para avaliação do acervo líquido da empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A., utilizou a data base de 28 de fevereiro de 2006.

35. O referido Laudo traz no seu item 5 a composição do patrimônio da empresa da seguinte forma:

"5. COMPOSIÇÃO DO ACERVO LÍQUIDO A SER INCORPORADO A composição do acervo líquido da INCORPORADA em 28 de fevereiro de 2006 é como segue:

Em 30 de novembro de 2005, a INCORPORADA recebeu, a título de aumento do seu capital, a totalidade das quotas de participação societária da BIOSINTÉTICA FARMACÊUTICA LTDA. de propriedade de sua

controladora ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS SA., que as havia adquirido em 17 de outubro de 2005 com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, conforme constatado no laudo de avaliação econômico-financeira emitido em 11 de outubro de 2005 pelo Banco Pactual S.A. O montante do referido ágio na data-base de 28 de fevereiro 2006 é de R\$ 438.189.656,45 (quatrocentos e trinta e oito milhões, cento e oitenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e quarenta e cinco centavos).

O acervo líquido contábil em 28 de fevereiro de 2006 é representado pelas seguintes rubricas contábeis:

Capital Social Realizado R\$ 527.967.712,15

Lucros Acumulados _____ R\$ 576.130,59

Acervo líquido R\$ 528.543.842,74

(...)

7. CONCLUSÃO

Em decorrência dos procedimentos e das análises efetuadas, conclui-se que o total do VALOR CONTÁBIL do Acervo Líquido da INCORPORADA, avaliado de acordo com as práticas contábeis adotadas no Brasil, para incorporação na INCORPORADORA monta R\$ 528.543.842,74 (quinhentos e vinte e oito milhões, quinhentos e quarenta e três mil, oitocentos e quarenta e dois reais e setenta e quatro centavos) na data-base de 28 de fevereiro de 2006."

35. Houve uma incorporação às avessas da controladora Delta pela controlada Biosintética que permaneceu nesta condição por alguns meses. Segue esquema ilustrativo das modificações societárias ocorridas em março de 2006: imagem na folha 2.835 do Acórdão de Impugnação

36. Vê-se o retorno à antiga configuração, voltando a Biosintética a ser controlada diretamente pela Aché e Magenta.

37. Constam no Diário Geral da empresa Delta o registro do ágio apurado na aquisição da Biosintética no valor de R\$ 454.267.134,26 e o registro do capital da Biosintética no valor de R\$ 36.384.525,87, que estão sendo alterados em R\$ 14.181.394,75 devido a um ajuste no valor de aquisição do controle da Biosintética em função do resultado apurado no balancete levantado em 30/09/2005, passando o ágio a R\$ 440.085.739,51 e o valor patrimonial a R\$ 50.565.920,62, conforme consta no Diário da Delta:

| Conta Ccusto. resp.proj. | Descrição | Data | Débito | Crédito | Referência |
|-----------------------------|--------------------------------|------------|----------------|----------------|--|
| 13111401 | Biosintética Farmacêutica Ltda | 30/11/2005 | 36.384.525,87 | - | Aquisição controle societário da Biosintética |
| 13111403 | Ágio — Biosintética Fam. Ltda | 30/11/2005 | 454.267.134,26 | - | Ágio pago na aquisição da Biosintética, cf. ata ag |
| 241001 | Capital subscrito | 30/11/2005 | - | 490.651.660,13 | Aumento capital c/ aquis. contr. societ. 5.994.600 |
| 13111401 | Biosintética Farmacêutica Ltda | 30/11/2005 | 14.181.394,75 | - | Ajuste aquis. controle societário Biosintética valo |
| 13111403 | Ágio - Biosintética Fam. Ltda | 30/11/2005 | - | 14.181.394,75 | Ajuste aquis. controle societário Biosintética |

38. Questionada sobre os diferentes valores atribuídos ao ágio, R\$ 454.267.134,26; R\$ 438.189.656,45 e R\$ 437.552.361,10, a fiscalizada informou que ao desdobrar o investimento em valor patrimonial e ágio, a Delta Participações Farmacêuticas S/A considerou o montante de R\$ 454.267.134,26 como ágio por erro na avaliação do valor patrimonial da Biosintética no Balanço Patrimonial de 30 de setembro de 2005. Assim, foi efetuado o ajuste na contabilidade da empresa Delta em 30/11/2005, e para comprovar juntou cópia do Balancete de Verificação da Biosintética.

39. Após a incorporação da Delta pela Biosintética, o ágio foi contabilizado no Razão da empresa Biosintética relativo ao período de janeiro a dezembro de 2006 no seguinte valor:

| nt | Data | lã. Histórico | lô. Nr.doc. | lã. Débito | o | Saldo Acumulado |
|-------------------------|-------|----------------------------------|-------------|----------------|---------------|-----------------|
| Conta Contábil: 1342001 | | Ágio Rent. Futura — Incorporação | | | | |
| | | | | | Saldo inicial | 3.361.183,68 |
| 1342001 | 31/03 | Transf. da conta | MD0049079 | 437.552.361,10 | | 440.913,5 |
| | | 1124016800000021 4 | | | | |

40. O ágio registrado na empresa Delta pelo valor de R\$ 440.085.739,51 passou a ser registrado na Biosintética por R\$ 437.552.361,10.

41. Informou que o valor de R\$ 440.085.739,51 foi modificado pela devolução de parcela do preço de compra aos antigos acionistas vendedores, sendo R\$ 1.896.083,66 em 09/12/2005 e R\$ 637.295,35 em 24/03/2006. Anexou extrato bancário para comprovar.

42. Assim, o valor do ágio de R\$ 437.552.361,10, referente à aquisição da Biosintética, após a incorporação da anterior controladora — Delta, passou a ser amortizado na própria empresa adquirida pelo Grupo Aché, à razão de 1/60 avos ao mês, ou seja, amortização de R\$ 7.292.539,35, exceto no mês de dezembro/2006, em que a empresa amortizou apenas R\$ 250.000,00.

43. A partir de abril de 2006, a fiscalizada iniciou a amortização do ágio pago na sua aquisição pela Aché (avaliação feita com base em rentabilidade futura), oriundo da incorporação de sua **controladora** (incorporação reversa). Em resposta ao item 08 do Termo de Intimação nº 05, apresentou um demonstrativo com os valores amortizados do ágio nos anos de 2006 e 2007.

44. Na resposta ao Termo de Intimação nº 04 (**doc. 27**, item 8), informou que em razão dos novos procedimentos contábeis previstos pela Lei nº 11.638 e Deliberação CVM nº 565/08 e Resolução CFC nº 1.152/09, a fiscalizada não contabilizou quaisquer encargos referentes à amortização do ágio para fins contábeis no ano de 2009. Entretanto, informou que tais encargos foram deduzidos na DIPJ/2010.

45. Têm-se, portanto, os seguintes valores amortizados nas Declarações de Informações Econômico- Fiscais da Pessoa Jurídica — DIPJ:

| | | |
|-----------|--|-----------------------|
| | Ficha 05A/Linha 20 - Encargos de | |
| 2006/2005 | Depreciação e Amortização - R\$ | 58.590.314,80 |
| | 61.346.177,53 | |
| 2008/2007 | Ficha 5A/linha 20 - Encargos de | |
| | Depreciação e Amortização - R\$ | 87.510.472,20 |
| | 88.824.047,53 | |
| 2009/2008 | Ficha 5A/linha 21 - Encargos de | |
| | Amortização | 87.510.472,20 |
| 2010/2009 | Ficha 7A/linha 47 - Amort. Ágio Aquis. | |
| | Invest. Aval.PL - Incorp., Fusão ou Cisão | 87.510.472,20 |
| | Total | 321.121.731,40 |

DA AUTUAÇÃO QUE ABRANGEU FATOS GERADORES OCORRIDOS NOS ANOS CALENDÁRIO DE 2010 E 2011.

Tendo em vista que restou um saldo a amortizar a partir do ano-calendário de 2010, o que foi realizado conforme demonstrado pela análise de sua DIPJ este ano, uma nova fiscalização foi iniciada em 04/06/2014.

Após a entrega da documentação solicitada em 24/06/2014 (doc. 30), um novo termo de intimação foi entregue em 22/10/2014 (doc. 31) visando a obtenção de documentos que comprovassem a operação da empresa Delta durante sua existência, o que não foi respondido e nem comprovado adequadamente. Sendo assim, um novo termo de intimação fiscal foi lavrado em 04/11/2014 (doc. 32). Em resposta protocolada em 10/11/2014, o

Contribuinte apresentou cópia do Livro Registro Diário Geral, os Balanços Patrimoniais de seu curto período de vida e suas Demonstrações de Resultado (doc. 33). Neles se pode verificar que os lançamentos estão restritos a transferências da Aché, pagamento de pequenas despesas da Delta e resultado por equivalência patrimonial da Biosintética. Não há nenhuma despesa que demonstre a operacionalidade da Delta, ou seja: custos das instalações, de funcionários, de prestadores de serviços, etc

A existência de ágio pressupõe a identificação de seu fundamento econômico, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda instituído pelo Decreto nº 3000/99 (RIR/99), ponto relevante para a determinação do tratamento tributário a ser dado ao ágio.

De acordo com o artigo 426 do RIR/99, se a participação societária for alienada, o ágio verificado na aquisição do investimento faz parte do valor contábil para a determinação do ganho (tributável) ou perda (dedutível) de capital.

A possibilidade de deduzir o ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL está restrita, no caso de rentabilidade futura, ao previsto no inciso III, art. 386, do RIR/99, ou seja, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, fundamentado no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão de resultados futuros.

Segundo a lei, não se admite a dedução na apuração do IRPJ e da CSLL, da contabilização e amortização de ágio transferido entre entidades do mesmo grupo econômico, com uso de empresa veículo, como ocorreu no presente caso, em que a empresa ACHÉ transferiu o ágio em curto espaço de tempo e sem propósito comercial, para a DELTA, que passou a ser a única acionista da BIOSINTÉTICA, para na sequência a subsidiária incorporar a sua controladora, em operação denominada de "incorporação às avessas".

A incorporação às avessas está prevista no § 4º do art. 264 da Lei 6.404/1976, porém essa previsão não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto, visto que a operação reversa pode estar sendo realizada abusivamente ou como negócio indireto com o intuito de ludibriar a lei, não só a lei societária, mas também a lei tributária.

Embora a possibilidade de amortização do ágio antes que ocorra a alienação ou liquidação do investimento se caracterize como benefício fiscal, outorgado pela Lei nº 9.532/97, é óbvio que o benefício se aplica às reais hipóteses de aquisição de investimento com ágio, não àquelas em que tenha havido uma artificial estruturação para possibilitar a transferência do ágio a ser amortizado em futura incorporação.

No caso em questão, a empresa Aché adquiriu a empresa Biosintética com um ágio de R\$ 437.552.361,10 através da Delta, empresa criada exclusivamente para receber o novo investimento por um curto período de tempo, funcionando como empresa veículo. Como era previsível, logo foi extinta por incorporação, restando claro o objetivo de obter o benefício da redução de tributos pela amortização do ágio acima citado.

Reforça esse entendimento o já citado Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação entre Delta Participações Farmacêuticas S.A. e Biosintética Farmacêutica Ltda, datado de 28 de março de 2006 (doc. 21), em que se detalha o tratamento do ágio transferido da empresa Aché para a Delta, e que voltou para ser amortizado na própria empresa Biosintética. Ver transcrição abaixo:

5. TRATAMENTO DO ÁGIO

5.1 Montante do Agio a ser Amortizado e Benefício Fiscal: O montante do ágio a ser vertido para a BIOSINTÉTICA, em conformidade com o descrito neste Protocolo e Justificação, está fundamentado com base na expectativa de rentabilidade futura da BIOSINTÉTICA. Consoante a legislação em vigor, considerando-se um prazo mínimo de amortização de 5 (cinco) anos para a BIOSINTÉTICA, o montante do ágio a ser amortizado será de R\$ 438.189.656,45 (quatrocentos e trinta e oito milhões, cento e oitenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e quarenta e cinco centavos) e o benefício fiscal estimado a ser aproveitado na BIOSINTÉTICA será de R\$ 148.984.483,19 (cento e quarenta e oito milhões, novecentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e três reais e dezenove centavos).

5.2 Incorporação da Reserva Especial de Ágio: O ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÉUTICOS S.A. terá a faculdade de, na qualidade de acionista

controlador, incorporar ao capital da BIOSINTÉTICA a reserva especial de ágio nela registrada.

De fato a empresa Delta foi criada para servir de "veículo" para a transferência de ágio dentro do Grupo Aché, o que impactou sobremaneira no resultado da empresa, conforme transcrição do Relatório Anual 2006 do Aché, intitulado de Semeando o Futuro, disponível no endereço eletrônico <http://www.ache.com.br/Downloads/RA> (doc. 34):

Lucro Líquido

Em 2006, o Aché obteve um Lucro Líquido de R\$ 71 milhões, uma margem líquida sobre a receita líquida de 7% no ano. Em 2005, o lucro apresentado pela companhia foi de R\$ 87 milhões, com uma margem de 11,5% em relação à Receita Líquida.

Inpactaram nesses resultados o início da amortização do ágio de aquisição da Biosintética (no valor de R\$ 58,6 milhões no ano) e os R\$ 40,1 milhões de incremento nas Despesas Financeiras Líquidas em função dos financiamentos de aquisição da Biosintética.

(...)

3. Sumário das principais práticas contábeis

h) Agio a amortizar:

Representados por ágio de incorporação reversa e ágio na aquisição de controladas com fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura.

Estão sendo amortizados a aproximadamente 20% ao ano.

(...)

10. Investimentos

Em 31 de março de 2006, a controlada Delta Participações Farmacêuticas SA., por meio da Assembleia Geral Extraordinária, aprovou a incorporação reversa pela sua controlada Biosintética Farmacêutica Ltda., nos termos do Protocolo de Incorporação e instrumento de Justificação, visando ao aproveitamento de sinergias operacionais, administrativas e econômicas, e à melhoria do fluxo de caixa da Biosintética, resultante do ágio pago na aquisição do investimento.

(...)

13. Agio a amortizar

d) O saldo consolidado em 31 de dezembro de 2006 inclui o ágio por expectativa de rentabilidade futura da controlada Biosintética Farmacêutica Ltda. proveniente da incorporação reversa da Delta Participações Ltda., ocorrido em 31 de março de 2006. No ano de 2006 foi amortizado o montante de R\$ 58.590 restando o saldo a amortizar para os exercícios futuros de R\$ 378.962 no prazo *estimado de 6 anos, de um total de 7 anos, segundo estudo realizado pela Companhia.* (destacou-se).

A formação de ambas as sociedades, empresária e simples, está adstrita ao *ánimus societatis*, e se este não existir fica caracterizada a ausência de propósito societário, não originando, assim, a motivação para a própria celebração do contrato de sociedade.

Subsidiariamente, neste caso, deve-se ponderar que não haveria nem mesmo quaisquer resultados a serem partilhados.

Nesse contexto, qual seria o papel da empresa Delta Participações S.A? Marco Aurélio Greco cita situações que são perfeitamente aplicáveis ao caso sob exame. Uma delas é a que se chama de "empresa veículo ou de passagem", que vem a ser uma pessoa jurídica criada apenas para servir de canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Trata-se de uma operação que serve apenas para transmitir um patrimônio ou um determinado recurso.

A outra sociedade citada pelo tributarista é a "sociedade efêmera" ou de curta duração que nasce para morrer ou para ser extinta tão logo cumpra seu papel em determinada operação, e diz: Por vezes, dentro de um planejamento a sociedade é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio em trânsito para outra pessoa jurídica, eventualmente ligada a figura do ágio; feito isto pode desaparecer. Foi exatamente o que ocorreu com a empresa Delta.

Assim, o ágio surgido por expectativa de rentabilidade futura, transferido para uma empresa veículo, criada exclusivamente para tal operação e sem motivação econômica empresarial que justificasse a sua existência (art. 966 do Código Civil), que logo desapareceu por ter sido incorporada pela própria empresa recém-adquirida pelo Grupo Aché, não poderia, em hipótese alguma, reduzir o Lucro Real e a Base de Cálculo da CSLL.

A fiscalizada foi questionada sobre a motivação para a criação da Delta Participações Farmacêuticas S.A., sua incorporação em seguida e sobre sua brevíssima existência, pois uma análise mais acurada nas datas revela que o intervalo real de suas atividades é de apenas três meses (de dezembro de 2005 a fevereiro de 2006). Haja visto que em março de 2006 a empresa já se encontrava em procedimentos finais para a promoção da incorporação às avessas.

Justificou, em síntese, que a aquisição de maneira segregada evitaria a completa junção dos negócios antes de análises minuciosas da situação da empresa Biosintética Farmacêutica Ltda. As respostas às intimações nº 02/2010 e nº 03/2010 constam nos docs. 16 e 36).

Citou os seguintes objetivos para a manutenção das empresas separadas:

- (a) permitir uma detalhada análise da área de produtos genéricos, que não correspondiam à expertise e tradição do Grupo Aché, a fim de permitir uma potencial segregação e alienação, caso fosse recomendável,
- (b) permitir a detalhada análise dos produtos das diferentes áreas de negócios e dos seus respectivos contratos, a fim de decidir pela manutenção ou não de um ou mais produtos e dos ativos a eles vinculados; e (c) permitir uma melhor avaliação das potenciais contingências vinculadas à Biosintética, a fim de decidir pela manutenção da empresa no Grupo ou pela sua alienação pela Delta.

A respeito das razões da posterior incorporação da Delta pela Biosintética, a contribuinte justificou dizendo que "os cenários de risco já haviam sido avaliados e mitigados e

a manutenção de uma empresa, com a adição dos custos de administração sem benefícios adicionais não se justificava".

Os cenários avaliados e mitigados seriam: a segregação da linha de negócios relacionados ao produto Copaxone; a rescisão dos contratos de distribuição dos produtos Vivacor® e Zomig®; alinhamento das praticas trabalhistas e previdenciárias; e a manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico — SEAE no sentido de aprovar a aquisição da Biosintética.

Diante dos fatos relatados, cabe agora verificar os reais benefícios obtidos com a reorganização societária ocorrida no Grupo Aché, analisando-os em conjunto com os demais dados, tais como: tempo de duração da DELTA, suas operações, contratação de trabalhadores, demais despesas operacionais, etc.

Da já citada resposta ao Termo de Intimação nº 02, transcrevemos o seguinte trecho:

"Esclareça-se que não se vislumbraram benefícios de natureza tributária na aquisição pela Delta da Biosintética, uma vez que tal aquisição teve os mesmos efeitos fiscais que seriam aplicáveis na hipótese de aquisição pela empresa Aché Laboratorios Farmacêuticos S/A ou qualquer outra empresa do Grupo. A aquisição da Biosintética pela Delta motivou-se pelas razões estratégicas de natureza empresarial, comercial, patrimonial e legal (...)"

A questão consiste em: por que não foi efetuada simplesmente a aquisição da Biosintética pela Aché, sem outras movimentações societárias? Ou por que, posteriormente, a Aché não incorporou a Biosintética ou a Biosintética não incorporou a Aché ou outra empresa do Grupo existente de fato?

O problema é que ao lado desse interesse empresarial de manter as empresas independentes, houve também o interesse em obter benefício tributário irregular, melhorando as condições financeiras da aquisição feita. Para isso foi criada a Delta, para forjar um enquadramento irregular nas condições do art. 386 do RIR/99. Assim, o Grupo Aché pretendeu atender o seu interesse empresarial e obter, por meio de organização societária sem propósito negocial (interposição de empresa-veículo), vantagem tributária (amortização do ágio) com benefício fiscal. Se a aquisição da Biosintética tivesse sido efetuada pela Aché, ou outra empresa do Grupo, e nela permanecesse, somente seria atendido um dos interesses.

Tanto é assim que, instada a esclarecer de que forma o Grupo Aché poderia amortizar tributariamente o ágio apurado na aquisição da Biosintética na hipótese de que não tivesse sido criada uma empresa veículo, a Delta, a contribuinte limitou-se a apresentar os mesmos argumentos trazidos nas respostas aos Termos de Intimação nº 02 e 03, não respondendo efetivamente ao questionado (doc. 14, item 6 e doc. 35).

O ilustre tributarista Marco Aurélio Greco, em seu livro Planejamento Tributário, Dialética, 2ª edição, trata no capítulo XVII das Operações Preocupantes, apresenta o seguinte texto no item 2:

Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste caso, cumpre

examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes existirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas. Daí uma questão de caráter metodológico. Qual o objetivo a ser analisado e Diante de reorganizações societárias que tenham o efeito de reduzir o impacto da carga tributária incidente sobre as atividades ou os resultados de determinada pessoa jurídica, é freqüente encontrarmos estudos que procuram examinar separadamente cada um dos aspectos envolvidos ou — quando se trata de uma reorganização que envolva um conjunto de etapas sucessivas — cada um dos passos adotados no âmbito de uma operação mais ampla. Esta não me parece ser a postura mais adequada.

Diante de uma situação complexa, é essencial considerar a figura como um todo, examinando ao mesmo tempo os vários aspectos que a cercam, pois o conhecimento e o enquadramento de determinada realidade será a resultante das diversas circunstâncias reunidas no caso concreto.

O autor recomenda que sejam analisados o antes e o depois, e o elemento tempo.

No caso concreto, o antes representava a aquisição da Biosintética pelo Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A., e o depois a mesma configuração inicial, ou seja, a permanência da Biosintética como controlada direta da empresa Aché. Porém, com o suposto direito de se beneficiar da amortização do ágio do investimento feito nela própria, ágio de si mesma, se beneficiando indevidamente (por forçar artificialmente a condição de dedutibilidade do ágio estabelecida no art. 386 do RIR) da redução do IRPJ e da CSLL nos próximos cinco anos.

Em relação ao elemento tempo, tem-se a criação e a curta vida da empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A.. Empresa que recebeu todas as quotas do novo

investimento da empresa Aché em novembro de 2005, passando a ser controladora direta da Biosintética, situação que permaneceu somente até março de 2006, quando, então, a controlada incorporou a sua controladora.

A Delta não foi uma empresa operacional, o que pode ser verificado pelos seguintes fatos:

I- Observa-se que o resultado em participação societária é praticamente a única conta não zerada nas DIPJs da empresa Delta, doc. 28.

Declarações de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica-DIPJ-AC2005

| | |
|---|---------------|
| 38. (-) Resultados Negativos em Participações Societárias | 5.800.123,8 |
| 55. Lucro líquido do Período de Apuração | -5.800.123,88 |
| Ficha 53 A — Outras Informações | |
| (..) | |
| 06. Contribuição para o INSS | 0,00 |
| 07. Contribuição para o FGTS | 0,00 |
| (...) | |
| 06. Contribuição para o INSS | 0,00 |
| 07. Contribuição para o FGTS | 0,00 |
| 08. Planos de Poupança e Investimentos (PAIT) | 0,00 |
| 09. Fundos de Aposentadoria Programada Individual (FAPI) | 0,00 |
| 10. Despesas com Plano de Previdência Privada | 0,00 |
| 11. Aquisições para o Ativo Imobilizado | 0,00 |
| 12. Baixas do Ativo Imobilizado | 0,00 |
| 13. Sócio Ostensivo de SCP - Total de SCP | 0,00 |
| 14. Número de Empregados no Início do Período | 0 |
| 15. Número de Empregados no Final do Período | 0 |
| 16. Escrituração em Meio Magnético: | Sim |
| 17. Alteração de Capital na Forma dos art. 22 e 23 da Lei nº 9.249/95 | Não |
| 18. Opção pela Escrit., no Ativo, da Base de Cálculo Negativa da CSLL | Não |
| (MP 1.807/1999, art. 8o): | |
| 19. Método de Avaliação de Estoques: | Custo Médio |

II- Ademais, a empresa criada para controlar o novo negócio, não registrou qualquer funcionário para execução de atividades relativas ao funcionamento da própria empresa ou da sua controlada, como se pode observar nas informações constantes das Fichas 53A acima transcritas.

III- Seu domicílio fiscal se confundia com o da Biosintética (doc. 39).

Vale também mencionar, novamente, que desde o ato de sua constituição até o término da sua existência, a empresa Delta foi dirigida pelos mesmos diretores da empresa Ache Laboratórios Farmacêuticos, Eloi Domingues Bosio - CPF 577.349.848-00, e José Ricardo Mendes da Silva - CPF 011.288.748-14.

Segundo a própria Biosintética informou (vide transcrição abaixo), com as operações societárias realizadas, ela passou a ter o “direito” à redução do lucro real e da base de cálculo da CSLL por ter se enquadrado na previsão legal do art. 386 do RIR/99.

...Neste sentido, conforme consta do Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação entre Delta Participações Farmacêuticas S/A e Biosintética (já apresentado ao longo desta fiscalização), a incorporação da Delta Participações Farmacêuticas S/A pela Biosintética também resultou no exercício do direito da Biosintética previsto no artigo 7º da Lei 9532/97 de amortizar para fins fiscais o ágio pago pela Delta Participações Farmacêuticas S/A na aquisição de controle da Biosintética.

Além disso, conforme organograma entregue com seu termo de resposta de 24/06/2014 (doc. 30), vê-se claramente que a Aché, a Delta e a Biosintética pertencem ao mesmo grupo

econômico, ou seja, são partes ligadas. Tal fato afasta a aplicação da permissão de redução do lucro real e da base de cálculo da CSLL em incorporação às avessas prevista nos artigos 7º e 8º da lei 9532/97.

Apesar de sua resposta evasiva quanto à apresentação dos livros contábeis da Delta protocolada em 30/10/2014 (doc. 43), o contribuinte apresentou em sua outra resposta de 10/11/2014 (doc. 33), a cópia do Livro Registro Diário Geral, dos Balanços Patrimoniais de seu curto período de vida e suas Demonstrações de Resultado (doc. 41). Neles se pode verificar que os lançamentos estão restritos a transferências da Aché, pagamento de pequenas despesas da Delta e resultado por equivalência patrimonial da Biosintética. Não há nenhuma despesa que demonstre a operacionalidade da Delta, ou seja: custos de instalações, de funcionários, de prestadores de serviços, etc.

Vale destacar, por último, que, para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito comercial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil.

Como bem destacou Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário. S. Paulo, Dialética, 2008), o elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal. Em matéria tributária, tão ou mais importante que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição é a identificação do empreendimento que justifica sua existência, "A. criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento *econômico ou profissional*." A idéia de empresa é o núcleo a ser investigado.

O art. 981 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), dispõe que celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e para partilhar, entre si, os resultados obtidos, podendo realizar atividades de um ou mais negócios determinados.

E o art. 982 do CC dispõe que salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro.

Assim, a finalidade precípua é a realização de negócios que caracterizam o exercício de atividade econômica. No caso específico da sociedade empresária, pelo teor do art. 966 do Código Civil, considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Portanto, a atividade econômica é materializada pela produção e circulação de bens e serviços mediante organização de fatores de produção (capital, trabalho, matéria-prima etc).

Apesar do cumprimento das formalidades legais quanto à abertura da Delta em 28/09/2005, quanto aos procedimentos para que esta assumisse o controle da Biosintética (30/11/2005) e os preparatórios para que esta fosse incorporada pela Biosintética (de 28/03/2006 a 31/03/2006), faltam a todas estas operações o fundamento econômico, pois conforme já demonstrado no item anterior, a empresa Delta não foi efetivamente operacional (doc. 28) e também não arcou com o efetivo custo de aquisição da Biosintética (doc. 09).

Consta no Relatório Anual do BNDES — ano 2006, disponível no endereço eletrônico www.bndes.gov.br, notícia sobre a aquisição da Biosintética pela empresa Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A., doc. 45:

Principais Operações Aprovadas

Aché: financiamento de R\$ 295 milhões, em um investimento de R\$ 375 milhões. Trata-se da primeira operação no âmbito do subprograma Profarma - Fortalecimento das Empresas Nacionais.

A Aché adquiriu a empresa Biosintética Farmacêutica e consolidou a posição de maior laboratório farmacêutico de controle nacional, (página 88). Ou seja, pelos documentos apresentados pelo Contribuinte (doc. 9) e pela notícia acima transcrita, fica provado que quem suportou o custo de aquisição da Biosintética foi a Aché.

Logo, somente ela é quem poderia usufruir do benefício fiscal da dedutibilidade do ágio na apuração do IRPJ e da CSLL.

No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento adquirido (desdobramento do custo de aquisição).

Quanto à apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência do IRPJ e da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada.

Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), na apuração de eventual ganho ou perda de capital, quando então o ágio ou deságio é incluído (somado ou diminuído) no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

Tal regra, todavia, não se aplica em certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão societária, quando a dedução da despesa com amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento. Esse benefício fiscal é concedido expressamente pelo artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

De acordo com o citado artigo 386, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o fundamento econômico desse ágio for a previsão dos resultados de exercícios futuros da sociedade adquirida, é possível desde já a dedução da despesa com amortização da correspondente "mais valia" na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por meio dessa exceção, a legislação tributária concede um benefício fiscal por meio de uma "ficção fiscal". A Lei nº 9.532/1997 autoriza a redução dos tributos a serem recolhidos uma vez que considera que o investimento antes realizado pela pessoa jurídica foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial realizada com a sua controlada (o próprio investimento).

Esse pressuposto de observância estrita dos requisitos legais, típica das situações onde há qualquer espécie de renúncia fiscal, se encontra expressamente previsto no artigo 111 do CTN. Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha

participação societária com ágio irregularmente constituído. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem; deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por fim, a sua amortização deverá obedecer o mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração.

Por propósito negocial, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante. O ágio ou deságio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, independentes e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais.

Tal dedução, contudo, na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no artigo 386 do RIR/99, assim como observar estritamente as condições estipuladas, sob pena de ser considerada indevida.

Qualificação da multa de ofício

A qualificação da multa de ofício teve por base o §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, (transcrito no TVF).

Os procedimentos adotados pela fiscalizada estão compreendidos nas hipóteses previstas na norma acima. As definições de sonegação e fraude que dão suporte à qualificação da multa implicam ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante da amortização e depreciação do ágio. A princípio, ao se deparar com a amortização do ágio, a fiscalização está diante de um valor dedutível por força da previsão legal, já que, tanto o surgimento do ágio quanto a reestruturação societária são aceitos pelo ordenamento. No entanto, existem circunstâncias que, como visto, determinam a glosa das despesas de amortização e depreciação do ágio. Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação societária sem propósito negocial, pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

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

DO VALOR TOTAL APURADO NAS OPERAÇÕES

O contribuinte efetuou a dedução das despesas de amortização no período de 2010 a 2011, como abaixo demonstrado:

- a) Novo resultado fiscal do AC 2010 (lucro real): R\$ 152.298.246,58,
- b) Novo resultado fiscal do AC 2011 (lucro real): R\$ 192.961.787,05,
- c) Prej Fiscal de Períodos Anteriores a Compensar até o limite de 30%: R\$ ZERO;
- d) Nova base de Cálculo da CSLL a ser utilizada no AC 2010: R\$ 152.298.246,58,;
- e) Nova base de Cálculo da CSLL a ser utilizada no AC 2011: R\$ 192.961.787,05;

f) Base de Cálculo negativa a compensar de períodos anteriores: R\$ ZERO

A contribuinte foi cientificada do auto de infração em 11/12/2014 conforme Aviso de Recebimento dos Correios (fls 1318), e, irrisignada, interpôs impugnação ao feito em 08/01/2015.

A impugnação apresentada contém as seguinte argumentações/requisições:

1) Há que se ter em conta que em momento algum a autoridade fiscal colocou sob dúvida a existência, a mensuração, a justificativa ou a validade do ágio amortizado pela Impugnante. Muito pelo contrário, a Fiscalização expressamente reconheceu que o investimento na Impugnante foi adquirido pelo Grupo Aché de partes não relacionadas e que todo o preço, incluindo o montante registrado a título de ágio, foi efetivamente pago na aquisição do investimento, valor esse que sempre esteve justificado na expectativa de rentabilidade futura da Impugnante a partir de laudo elaborado pelo Banco Pactuai, elementos essenciais ao registro contábil e amortização fiscal do ágio.

2) Também em momento algum se colocou sob questão a validade jurídica dos atos societários realizados pela Impugnante e suas investidoras, procurando-se, tão somente, defender a impossibilidade de tais atos serem opostos ao Fisco, em razão de supostamente não terem sido orientados por razões negociais, mas somente fiscais. Segundo alegado no Termo de Verificação Fiscal, as operações de aquisição do investimento na Impugnante teriam sido formatadas de modo a que o Grupo Aché pudesse "*atender o seu interesse empresarial e obter, por meio de organização societária sem propósito negocial (interposição de empresa-veículo), vantagem tributária (amortização do ágio) com benefício fiscal*".

3) Apesar de não apontar qualquer incompatibilidade dos atos praticados com os objetivos empresariais e comerciais almejados, a autoridade fiscal condenou de antemão a estrutura utilizada pelo Grupo Aché para adquirir o investimento na Impugnante, mostrándose

inconformada com o fato de tal aquisição não ter sido realizada diretamente por uma ou outra empresa do Grupo Aché, mas por meio de um veículo de investimento.

4) Ao contrário do quanto afirma a autoridade lançadora, o ordenamento jurídico permite a amortização fiscal do ágio no caso presente, nos exatos termos dos artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99 - "RIR").

5) Apesar de reconhecer de maneira expressa a validade do ágio registrado pela Impugnante, do laudo que o suporta e em momento algum apontar qualquer prejuízo aos cofres públicos, o relatório de fiscalização está recheado de termos e expressões de conteúdo fortemente pejorativo (como "ágio surgido", "despesa criada artificialmente", "artificial estruturação" etc), termos esses que parecem ter sido invocados no Termo de Verificação Fiscal **com o objetivo único de criar uma sensação generalizada, mas não comprovada, de ilicitude em relação ao procedimento adotado pela Impugnante.**

6) Na realidade, predisps-se o relatório fiscal a, *a priori*, condenar as operações envolvendo aquilo que o Termo de Verificação Fiscal intitula de "incorporação às avessas" e utilização de "empresa-veículo" e, a partir daí, procurou enquadrar o caso presente em tais conceitos-chavões, de modo a reputar inidônea a amortização do ágio pela Impugnante, o que acabou por levar à distorção dos fatos e essa distorção à extração de conseqüências jurídicas

que a lei não admite, culminando com a lavratura de Auto de Infração integralmente improcedente.

A VALIDAÇÃO DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO NO CASO PRESENTE PELO CARF

7) Antes que se avance para a descrição dos fatos que foram objeto de questionamento pelas autoridades fiscais, cumpre observar que a operação que deu origem ao ágio sob análise já foi objeto de questionamento pelas autoridades fiscais em auto de infração que glosou a amortização fiscal de referido ágio relativamente aos anos-calendários de 2006 a 2009, o qual é objeto do Processo Administrativo n.º 16643.720001/2011-18.

8) Assim como se fará no presente caso, nos autos de referido processo foi demonstrada a total improcedência do auto de infração, o qual foi integralmente cancelado pelo E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"), por unanimidade de votos, em acórdão que restou assim ementado (doc. 04):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA.

IRPJ Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Cumprida essas premissas, cancela-se a glosa. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL REGULAR. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. É regular o planejamento, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que não tenha resulte em aparecimento de novo ágio, tampouco em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo. Recurso Voluntário Provido"

9) Em tal oportunidade, foi reconhecido pelo E. CARF que o ágio amortizado pela Impugnante cumpriu as três premissas autorizadoras da amortização de ágio pago com fundamento em previsão de rentabilidade futura, oportunidade em que o E. CARF reconheceu expressamente o propósito negocial da operação. Confira-se:

"Nos termos do voto condutor do aludido acórdão, aprovado à unanimidade por esta colenda Turma, prevaleceu o entendimento de que a amortização do ágio, pago com fundamento em previsão de rentabilidade futura, com fulcro no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532 de 1997, deve atender, inicialmente a três premissas básicas, como forma de comprovação da realização do propósito negocial da operação, quais sejam:

- 1) O efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- 2) A realização das operações originais entre partes não ligadas;
- 3) Seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa da rentabilidade futura.

A meu ver, no presente caso, essas três premissas básicas também foram cumpridas, razão pela qual resta demonstrado o propósito negocial da operação, conforme asseverado pela recorrente." (grifos nossos)

10) Em seu voto, também reconhece o Conselheiro relator que "*a utilização de empresa veículo não* resultou em aparecimento de novo ágio, tampouco em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da mesma”.

11) Assim, tendo em vista que o presente Auto de Infração tem por objeto exatamente os mesmos questionamentos levantados pelas autoridades fiscais no âmbito do Processo Administrativo n.º 16643.720001/2011-18 e uma vez que o E. CARF já reconheceu a legitimidade da amortização de referido ágio, não há qualquer razão para que o presente Auto de Infração não seja também integralmente cancelado.

OS FATOS

O ingresso do Grupo Aché no ramo de medicamentos genéricos - o verdadeiro propósito negocial da aquisição da Impugnante

12) A Biosintética Farmacêutica Ltda. ("Biosintética", ora Impugnante) foi constituída em 1984, a partir da aquisição de uma divisão de medicamentos de uma empresa multinacional. A Biosintética foi um dos primeiros laboratórios a obter o registro para a produção de medicamentos genéricos e vem ampliando sua atuação de maneira significativa, alcançando o posto de uma das mais importantes indústrias desse setor no Brasil.

13) Em 2005, ano de sua aquisição pelo Grupo Aché, a Biosintética estava entre as 20 maiores empresas do mercado brasileiro, com portfólio que compreendia mais de 120 apresentações e 60 produtos, além de uma posição consolidada no segmento de medicamentos genéricos.

14) Fundado há mais de quarenta anos, o Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. ("Aché") é também uma empresa 100% brasileira, com atividades que compreendem a distribuição e a fabricação de medicamentos da área terapêutica.

15) Em 2001, o Grupo Aché começou um processo de profissionalização com vistas ao crescimento sustentável e a diversificação do portfólio de medicamentos então existente.

16) Nesse contexto, foram realizadas aquisições de participação de sociedades que ampliassem a sua participação no mercado de medicamentos (*market share*). Em 2003, com a aquisição da ASTA Médica Ltda., o Aché consolidou sua posição como a maior indústria farmacêutica brasileira.

17) Em 2005, com base nas projeções de crescimento do setor de genéricos, o Grupo Aché iniciou as negociações para a aquisição da Biosintética, em um processo competitivo de que também participaram outros interessados. O projeto, que por razões de confidencialidade foi intitulado de "Projeto Delta", buscou a ampliação da participação do Grupo Aché no ramo de medicamentos genéricos. Este fato representa o grande e principal propósito negocial que norteou todas as operações relacionadas à atuação, embora a Fiscalização não tenha feito qualquer menção a isso em suas considerações.

18) .A soma das forças dos dois grupos farmacêuticos nacionais permitiria a expansão e complementaridade do portfólio de medicamentos do Grupo Aché, aliando as 107 marcas próprias desse Grupo à liderança da Biosintética em medicamentos genéricos contra doenças cardiovasculares, de sistema nervoso central, dermatológicas, respiratórias e oncológica.

19) Com a aquisição, o Grupo Aché passaria a contar com 230 marcas próprias, cobrindo todas as grandes áreas terapêuticas, e passaria a atuar no ramo de medicamentos genéricos.

O processo competitivo de aquisição da Biosintética pelo Grupo Aché, as restrições impostas pelos vendedores e a análise a posteriori pelo CADE

20) A operação se desenvolveu em um cenário competitivo de alienação, em que a aquisição da participação societária na Biosintética também era disputada por outros investidores. Esse ambiente de competitividade alterou o cenário de avaliação de riscos do negócio, pois encurtou o processo decisório do Grupo Aché, obrigando-o a avaliar a empresa e se decidir pela sua aquisição em período bastante curto, de apenas três meses, sob pena de os quotistas da Biosintética negociarem a sua venda com outros interessados, concorrentes do Grupo Aché.

21) A existência de outros potenciais compradores combinada com o lugar de destaque que a Biosintética ocupava no setor de medicamentos genéricos colocavam os quotistas-vendedores em posição privilegiada na negociação, permitindo-lhes impor uma série de condições ao processo de aquisição e restringindo o acesso a informações relevantes sobre a Biosintética. A aquisição da Biosintética por um dos concorrentes do Grupo Aché não apenas impossibilitaria o ingresso do Grupo no ramo de medicamentos genéricos, mas também levaria um ou mais de seus concorrentes a ampliarem a sua participação nessa área, implicando enormes potenciais prejuízos ao Grupo Aché.

22) À época, não foram disponibilizadas informações detalhadas sobre a rentabilidade, custos e expectativas das linhas de negócios, contingências tributárias e trabalhistas da Biosintética, entre outras informações relevantes, como a realidade das práticas comerciais dessa empresa, em especial no campo desconhecido pelo Grupo comprador, que era o ramo da fabricação e comercialização dos medicamentos genéricos.

23) Assim sendo, embora fossem conhecidas as linhas de negócio da Biosintética, não eram conhecidos os detalhes da operação, apesar de tais detalhes serem essenciais para a avaliação da própria qualidade do negócio e sua compatibilidade com as práticas comerciais do Grupo Aché. Esse conjunto de fatores de incerteza permeou a definição sobre a melhor estrutura para a conclusão do negócio.

24) A boa condução de atos de gestão e decisão neste processo obrigava a, no mínimo, antever-se a possibilidade de a operação levar a uma concentração de mercado que demandasse a alienação total ou parcial de determinadas linhas de negócios ativos a terceiros, por exigência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), já que então essa análise era realizada a posteriori.

25) Como já informado no curso da fiscalização, a Impugnante possuía três principais linhas de negócio: 1) produção e distribuição de medicamentos similares; (2) fabricação e distribuição de medicamentos sob contratos de licenças (Abott e Astrazeneca); e (3) fabricação e distribuição de medicamentos genéricos.

26) A produção e distribuição de medicamentos similares (item "1" acima) era um ramo no qual o Grupo Aché já atuava e, portanto, conhecia o mercado. Entretanto, a concentração das atividades desenvolvidas pelas duas sociedades em um único grupo econômico poderia sofrer restrições pelo CADE, em razão de limitações sob o ponto de vista concorrencial. De fato, a aquisição realizada transformou o Grupo Aché no maior grupo farmacêutico de controle nacional da América Latina, conforme inclusive registrado pelo Termo de Verificação Fiscal.

27) Com relação à fabricação e distribuição de medicamentos sob contratos de licença (item "2" acima), o Grupo Aché receava que, diante da aquisição da Biosintética por outro grupo empresarial, as empresas detentoras das licenças (Abott e Astrazeneca) pudessem rescindir os contratos, resultando em descontinuidade desse ramo de atividade, o que certamente limitaria o potencial de geração de lucros da Biosintética, bem como a perda de sinergias.

28) Quanto aos medicamentos genéricos (item "iii" acima), muito embora os estudos preliminares realizados pelo Grupo Aché sinalizassem pela possibilidade de integração do negócio de medicamentos genéricos às atividades desenvolvidas pelo Grupo, após avaliações negociais e comerciais mais aprofundadas essa linha de negócios poderia revelar-se incompatível com as atividades e práticas comerciais do Grupo Aché. Tudo dependeria de análises que não podiam ser concretizadas durante o processo de aquisição em razão das condições impostas pelos vendedoresquotistas da Biosintética. Para ilustrar uma de tais restrições, a Impugnante faz novamente referência à carta de 01/09/2005, em que o Grupo vendedor condicionou a abertura de informações comerciais ao prévio pagamento do preço estipulado para a aquisição do investimento (doc. 09).

29) O que é importante que se compreenda é que a operação trazia consigo relevantes incertezas, e que estas diziam respeito ao próprio negócio, no qual se colocava substancial volume de recursos. Essas incertezas somente seriam eliminadas após o período mínimo de seis meses de esforços concentrados de avaliação e diligência após a aquisição do investimento, ou seja, quando a própria administração do Grupo Aché assumisse, também, a administração da Impugnante, determinando-se a abertura de dados, informações, o exame detalhado das práticas comerciais e negociais, as contingências tributárias e trabalhistas. A consolidação das informações com relação aos negócios da Biosintética, combinada com a manifestação do CADE sobre a operação - fatos supervenientes à aquisição -, determinariam a tomada de decisões entre algum dos seguintes cenários estratégicos, que se anteviam no momento da tomada de decisão pela aquisição da Impugnante:

A) manter a Biosintética integrada ao Grupo;

B) cindir a sociedade para a segregação de linhas de negócio que não interessariam ao Grupo Aché por questões de rentabilidade, lucratividade, restrições do CADE etc; ou

C) alienar totalmente a Biosintética, caso suas contingências fossem julgadas excessivas ou fossem identificadas práticas comerciais incompatíveis com aquelas adotadas pelo Grupo Aché, ou, ainda, caso a operação não fosse aprovada pelo CADE.

30) Todos esses esclarecimentos foram feitos no curso da fiscalização.

A função da Delta Par na operação

31) Diante desse cenário, o Grupo Aché decidiu adquirir a participação da Biosintética valendo-se de um veículo de investimento, isto é, constituindo uma empresa especificamente com tais propósitos, a Delta Participações Farmacêuticas S.A. ("Delta Par"). A decisão pela criação da Delta Par com esta finalidade foi tomada na mesma Assembleia Geral Extraordinária de 27/09/2005, que deliberou pela aquisição da Impugnante.

32) A Delta Par foi constituída em 28/09/2005 e já desde a sua constituição o Grupo Aché deixava claro que a sua intenção era que a nova sociedade figurasse como veículo para

aquisição do investimento na Impugnante, como se observa documentado na ata da Assembleia Geral Extraordinária do Aché realizada em 27/09/2005. Nada foi feito às escuras, a despeito de todo o contexto pejorativo artificialmente criado pelo agente fiscal em seu Termo de Verificação Fiscal.

33) A aquisição da participação na Impugnante por meio de um veículo de investimento foi, portanto, uma decisão negocial legitimamente tomada pelo Grupo Aché e totalmente usual em transações semelhantes, como inclusive já reconhecido pelo E. CARF.

34) Aqui já vale a pena corrigir uma, dentre as inúmeras distorções fáticas do Termo de Verificação Fiscal, em que se afirma que somente em 30/11/2005 o Grupo Aché decidiu ceder à Delta Par a participação na Impugnante. Isso porque, desde a constituição da Delta Par, o Grupo Aché deixava claro que a sua intenção era que a nova sociedade figurasse como veículo para aquisição do investimento na Impugnante, como se observa documentado na ata da Assembleia Geral Extraordinária do Aché realizada em 27/09/2005.

35) Nos três principais cenários acima relatados, ao fim das análises relativas à Biosintética, a Delta Par seria:

A) incorporada na Biosintética, na hipótese de a avaliação concluir pela total integração da Biosintética ao Grupo Aché;

B) a destinatária final do acervo cindido em duas hipóteses:

B1) na hipótese de a avaliação indicar a conveniência comercial de segregação da linha de genéricos, ou

B2) na hipótese de alguma segregação ser imposta pelo CADE;

C) a empresa que realizaria a venda da Biosintética, na hipótese de a avaliação resultar em conclusão pela alienação do negócio.

36) A aquisição do investimento por meio da Delta Par se mostrava adequada a proteger o Grupo Aché no cenário de incertezas envolvidos na aquisição do investimento, permitindo que os propósitos pós-aquisição da Impugnante fossem concentrados na Delta Par, protegendo as demais sociedades do Grupo Aché até que tais riscos fossem mensurados e as ações pós-aquisição fossem implementadas.

37) Além disso, a constituição de uma nova sociedade com o propósito específico de adquirir e gerir o investimento na Biosintética permitia que todos esses cenários fossem implementados de maneira mais ágil e com um processo decisório mais direto.

38) De fato, o Estatuto Social do Aché determinava que ações relativas à alienação de investimentos, de fórmulas químicas e farmacêuticas ou de ramos de negócio, além de operações de fusão, incorporação ou cisão de sociedades controladas somente poderiam ser implementadas depois de aprovadas pelo Conselho de Administração, seguidas de deliberação e aprovação em Assembleia Geral por 80% das ações com direito a voto, tornando qualquer ato negocial um procedimento de grande consumo de energias societárias e de tempo" (doc. 10).

39) Diferentemente, o Estatuto Social da Delta Par permitia que aquelas mesmas ações fossem implementadas imediatamente por meio de simples atos da diretoria.

40) Contemplar-se a possibilidade de tomar decisões de maneira ágil se mostrou adequada aos propósitos almejados com a estrutura de aquisição definida, em situação na qual

não foi possível aos dirigentes do Grupo Aché antever o que exatamente ocorreria no período pós aquisição.

41) Ao momento da operação, repita-se, a prudência na tomada das decisões obrigou a adoção da estrutura que conferisse maior flexibilidade e proteção para qualquer dos cenários estratégicos **que** somente seriam definidos no período pós-aquisição e implementá-los com a eficiência, agilidade e discernimento exigidos pelo mercado. Tivessem sido diferentes os fatos ocorridos no período pós-aquisição, essa autonomia concedida aos diretores da Delta Par poderia ser decisiva, como na eventual necessidade de uma rápida alienação de ativos determinada pelo CADE, por exemplo.

42) Neste ponto do relato dos fatos, importa abrir um parêntese e antecipar o aspecto concernente ao papel dos administradores do Grupo Aché. Foram quatro os itens destinados pela Fiscalização ao tratar no Termo de Verificação Fiscal da circunstância de os administradores da Delta Par serem os mesmos administradores das demais empresas do Grupo.

43) E com alguma surpresa que se vê a Fiscalização dar um peso tão negativo à consistência dos administradores na gestão de várias empresas de um mesmo grupo econômico. Esse fato, a par de ser absolutamente usual, não somente no Grupo Aché, mas em diversos grupos econômicos importantes no país e no exterior (como os gigantes nacionais Itaú, BR Foods e Gerdau, entre outros - doe. 12), é aquele que maior compatibilidade tinha com a existência da Delta Par e a sua função como veículo de aquisição de investimento e de *holding* da Impugnante. De fato, qualquer dos cenários estratégicos que envolviam a Delta Par somente poderia ser implementado pelos administradores que já detinham a confiança dos acionistas quanto ao adequado discernimento na tomada de decisões.

44) Fechando os parênteses e voltando à função da Delta Par na operação, tem-se que a aquisição do controle societário da Biosintética pela Delta Par permitiria ao Grupo Aché estar preparado para os cenários estratégicos que somente seriam definidos no período pós-aquisição e implementá-los com a eficiência, agilidade e discernimento exigidos pelo mercado.

45) Operações de fusões e aquisições de empresas são formatadas de acordo com as peculiaridades de cada caso, avaliando-se as características das empresas envolvidas e do mercado em que atuam, do processo de aquisição, das contingências envolvidas, da aplicação de regras antitruste etc. Tanto é assim que, por exemplo, a estrutura utilizada pelo Grupo Aché para a aquisição da ASTA Médica Ltda. em 2003 foi totalmente distinta daquela eleita como a mais apropriada para a aquisição do investimento na Biosintética, conforme evidenciam os documentos anexos (doc. 06).

46) Em 27/09/2005 o Aché aprovou a constituição da Delta Par, que tinha como propósito especificamente viabilizar a aquisição da Biosintética. A intenção expressa na ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada naquela data era que a operação de aquisição fosse feita pela Delta Par, desde as negociações com os vendedores até a realização de todas as ações pós-aquisição do investimento, passando pela assinatura do contrato de compra e venda e pelo pagamento do preço ajustado com os vendedores-quotistas.

47) Em 28/09/2005, o Aché e a Magenta Participações S.A. ("Magenta") se reuniram para a constituição da Delta Par, com capital social inicial de R\$ 100,00 (cem reais) totalmente subscrito e integralizado e o seguinte objeto social, conforme consta de seu Estatuto Social:

"Art. 3º. - A Companhia tem por objeto a participação em outras sociedades, civis ou comerciais, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista, bem como gestão e a comercialização de bens próprios. "

48) Da própria leitura do Estatuto fica evidenciado que o objeto da Delta Par era justamente participar na nova sociedade a ser adquirida, exercendo atividades de *holding*, exatamente como autorizado pela lei societária.

A greve dos serventuários da Secretaria da Receita Federal e a necessidade de se implementar a operação inicialmente pelo Aché

49) A greve dos auditores e técnicos da Receita Federal impediu a conclusão dos registros da nova sociedade no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), ato inafastável ao exercício de suas atividades, a começar pela simples abertura da conta bancária, para a movimentação financeira necessária à operação.

50) Tal limitação, que também trouxe consequências a milhares de outros contribuintes que pretendiam inscrever novas empresas no CNPJ no período que perdurou de 19/09/2005 a 21/11/2005, foi amplamente noticiada pelos meios de comunicação à época (doc. 13).

51) Como a demora no pagamento do preço poderia comprometer o negócio, a alternativa foi a de implementar a operação de compra e venda das quotas da Biosintética diretamente pelo Aché, com a posterior transferência das quotas da Biosintética para a Delta Par por meio de integralização em aumento do capital social da Delta Par.

52) Antevendo a situação, os acionistas Aché e Magenta já haviam deliberado no momento da constituição da Delta Par que, caso a greve perdurasse até a data da conclusão das negociações, impedindo que a Delta Par efetuasse o registro no CNPJ, a integralização do aumento de capital proposto seria feita não em dinheiro, mas diretamente com a participação societária da Biosintética.

53) Como a greve de fato impediu o registro perante o CNPJ, o contrato de compra e venda acabou por ser firmado entre os quotistas da Biosintética e o Aché, figurando a Delta Par como Interveniente Anuente dos direitos e obrigações do contrato, assumindo a obrigação de cumprir solidariamente todas e quaisquer obrigações assumidas pelo Aché, o que naquele momento representava a participação mais ativa que a Delta Par poderia desempenhar.

54) A posição da Delta Par como Interveniente Anuente adequava-se a garantir-lhe todas as prerrogativas de adquirir as quotas da Biosintética, pois foi constituída com o propósito específico de viabilizar a aquisição da Biosintética, além de gerenciar e implementar as ações pós-aquisição do investimento.

55) Em 30/11/2005, data em que a greve já havia sido encerrada e a Delta Par já havia sido inscrita no CNPJ, a Assembleia Geral Extraordinária da Delta Par aprovou o aumento de seu capital social, que foi integralizado pelo Aché por meio de quotas da Biosintética, nos termos em que já havia sido deliberado na Assembleia Geral Extraordinária do Aché.

56) Assim, em novembro de 2005, a Delta Par passou a figurar como sócia-quotista da Biosintética, exercendo a posição de *holding*.

57) Tal como exigem as normas fiscais e contábeis vigentes à época, o valor do investimento na Biosintética foi desmembrado na Delta Par em valor do investimento (patrimônio líquido da Biosintética) e o valor do ágio, que teve por fundamento econômico o valor da rentabilidade futura da Biosintética, conforme laudo elaborado pelo Banco Pactual

com base no método do Fluxo de Caixa Descontado. O valor do ágio registrado pela Delta Par em relação ao investimento adquirido na Impugnante, esclareça-se, jamais foi superior àquele inicialmente registrado pelo Aché, elemento que não passou despercebido pelo E. CARF quando analisou o caso e afastou as improcedentes acusações fiscais.

A atuação da Delta Par como holding pura e as ações pós-aquisição

58) Enquanto exerceu a condição de *holding*, a Delta Par realizou os atos que eram necessários e estavam relacionados a seu objeto social, isto é, atos típicos de uma sociedade controladora. Mais especificamente, além do compartilhamento da administração com a Impugnante, o que permitiu a condução dos atos pós-aquisição a que já se fez referência, a Delta Par realizou dois aumentos de capital em dinheiro na Biosintética, conforme atos registrados na JUCESP (doc. 14).

59) Na peça acusatória, a autoridade lançadora questiona a existência da Delta Par ao argumento de que os registros contábeis apresentados no processo de fiscalização não indicariam a existência de despesas que fossem aptas a demonstrar a sua operacionalidade, tais como custos de instalação e de contratação de funcionários e prestadores de serviços, conforme se verifica dos trechos transcritos abaixo:

"Apesar de sua resposta evasiva quanto à apresentação dos livros contábeis da Delta Par protocolada em 30/10/2014, o contribuinte apresentou em sua outra resposta de 10/11/2014 a cópia do Livro Registro Diário Geral, dos Balanços Patrimoniais de seu curto período de vida e suas Demonstrações de Resultado.

Neles se pode verificar que os lançamentos estão restritos a transferências da Ache, pagamento de pequenas despesas da Delta e resultado por equivalência patrimonial da Biosintética. Não há nenhuma despesa que demonstre a operacionalidade da Delta, ou seja: custos de instalações, de funcionários, de prestadores de serviços, etc."

"Ademais, a empresa criada para controlar o novo negócio não registrou qualquer funcionário para execução de atividades relativas ao funcionamento da própria empresa ou da sua controlada, como se pode observar nas informações constantes das Fichas 53A acima transcritas.

60) Ora, é evidente que a atuação da Delta Par se deu nos limites de seus objetivos sociais, ou seja, tendo ela sido uma *holding* pura, não seria compatível com o exercício destas atividades a contratação de dezenas de funcionários nem a produção ou comercialização de medicamentos, como pareceu exigir a autoridade fiscal em seu Termo de Verificação Fiscal ao vislumbrar uma suposta violação ao artigo 966 do Código Civil.

61) As ações praticadas pela Delta Par foram exatamente aquelas ações típicas de uma sociedade *holding*, o que ficou fielmente refletido nas demonstrações fiscais e contábeis da Delta Par. Daí o espanto da Impugnante ao notar o caráter de ilicitude dado pelo agente fiscal ao observar "*que o resultado em participação societária é praticamente a única conta não zerada nas DIPJs da empresa Delta*"

62) Assim, a alegação da autoridade lançadora de que a Delta Par não era operacional pelo fato de que não apresentava despesas com instalação, contratação de funcionários, entre outras, não faz qualquer sentido tendo em vista que a Delta Par era uma *holding* pura.

63) Paralelamente aos aumentos de capital e o direcionamento na administração da Impugnante, talvez o mais relevante papel da Delta Par na operação foi o de se manter como a entidade societária que implementaria qualquer dos atos decorrentes da posição do CADE sobre a integração da Impugnante ao Grupo Ache.

64) Além disso, como já mencionado, não se tinha clareza quanto às contingências fiscais e trabalhistas da Biosintética, o que poderia levar o Grupo Aché até mesmo a decidir por alienar todo o investimento na Biosintética a terceiros, ainda que a operação fosse integralmente aprovada pelo CADE.

65) Note-se que a possibilidade de que a Delta Par e Biosintética fossem unidas por meio de operação de incorporação era apenas um dos muitos cenários vislumbrados pelo Grupo Aché, a depender dos trabalhos de auditoria comercial e jurídica realizados depois da aquisição do investimento. Daí soar à Impugnante como verdadeira profecia do passado a afirmação do agente fiscal de que "*como era* previsível, [a Delta Par] logo foi extinta por incorporação, restando claro o objetivo de obter o benefício da redução de tributos pela amortização do ágio acima citado". O fato é que, quando da aquisição do investimento, a incorporação não era previsível ao Grupo Aché, especialmente porque não se podia antecipar qual seria a decisão do CADE sobre a operação e porque não se tinham claros quais eram os riscos para o Grupo Aché envolvidos na transação.

66) Em certo período, houve a sinalização de que o CADE aprovaria a operação sem restrições e também foi possível averiguar a exata extensão das contingências fiscais e trabalhistas da Impugnante. Além disso, nesse mesmo período também foi possível avançar nas análises das linhas de negócio adquiridas a fim de se avaliar a possibilidade de integração entre o novo investimento e as atividades do Grupo Aché.

67) Assim, a par do acompanhamento do processo junto ao CADE e da realização dos trabalhos de auditoria comercial e jurídica, as ações tomadas entre a aquisição do investimento pelo Grupo Aché e a incorporação da Delta Par envolveram também um profundo e pormenorizado processo investigatório quanto às práticas comerciais e de gestão da Impugnante. Para o desenvolvimento de tais trabalhos foi inclusive criado um Comitê Gestor de Integração (doc. 15 - slide 17).

68) O documento anexo exemplifica com clareza a minúcia com que tais análises foram realizadas (doc. 15). Trata-se de trabalho contratado pelo Grupo Aché junto à mundialmente reconhecida empresa de consultoria Accenture, no qual são apresentados detalhes de 89 projetos envolvendo ações para avaliar a possibilidade de integração entre as mais diversas áreas do Grupo Aché e da Impugnante, como marketing e vendas, finanças e contabilidade, suprimentos, recursos humanos, logística e tecnologia da informação.

69) Em 28 de março de 2006, foi efetivada a incorporação da Delta Par pela Biosintética, operação que obedeceu todos os atos e formalidades exigidos pela legislação societária, fiscal e contábil aplicável, inclusive no tocante à elaboração de laudo respaldando a fundamentação econômica do ágio pago, atos reconhecidos pela Fiscalização e decisão recorrida como plenamente válidos.

70) Atendendo às normas legais, a Impugnante registrou em conta de ativo diferido o valor que registrado pela Delta Par como ágio, como determinavam as regras contábeis então vigentes.

71) Em abril de 2006, a Impugnante passou a amortizar o ágio pago e calculado conforme critérios de rentabilidade futura, à razão máxima de 1/60 avos ao mês, tudo em

atenção às regras da Lei nº 9.532/97 sobre a dedução do ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, fato que também é incontroverso nos presentes autos.

72) Cumpre aqui ressaltar que no Auto de Infração a autoridade lançadora insiste em se referir à incorporação da Delta Par pela Impugnante como "incorporação às avessas", com forte teor pejorativo. Insinua o agente fiscal que a incorporação da Delta Par pela Impugnante poderia ter sido realizada abusivamente ou como negócio indireto com o intuito de ludibriar a lei societária e tributária. Confira-se:

"Segundo a lei, não se admite a dedução na apuração do IRPJ e da CSLL, da contabilização e amortização de ágio transferido entre entidades do mesmo grupo econômico, com uso de empresa veículo, como ocorreu no presente caso, em que a empresa Aché transferiu o ágio em curto espaço de tempo e sem propósito negocial, para a Delta Participações Farmacêuticas S.A. (07.655.916/0001-29), que passou a ser a única acionista da Biosintética Farmacêutica Ltda. (53.162.095/0001-81), para na sequência a subsidiária incorporar a sua controladora, em operação denominada de "incorporação às avessas.

A incorporação às avessas está prevista no §4º do art. 264 da Lei 6.404/1976, porém essa previsão não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto, visto que a operação reversa pode estar sendo realizada abusivamente ou como negócio indireto com o intuito de ludibriar a lei, não só a lei societária, mas também a lei tributária.

73) Ocorre que tal expressão não se aplica ao caso presente, tendo sido criada pela jurisprudência administrativa para qualificar a operação de incorporação de empresa deficitária por empresa lucrativa. Jamais esta expressão está vinculada às situações em que a empresa controlada incorpora a sua controladora, operação que a doutrina e a jurisprudência reconhecem ser plenamente válida e usual, estando inclusive prevista na Lei das S/A, como reconhecido pela própria autoridade lançadora.

74) O argumento da Fiscalização para restringir a amortização do ágio centrou-se na alegação de que as operações envolvendo a Delta Par foram artificiais e tiveram finalidade única de pagar menos tributos" e que, por essa razão, não seriam oponíveis ao Fisco.

75) A principal causa de todos os negócios jurídicos realizados, o fim imediato e motivador da realização da operação tanto no momento quanto pela forma adotada tiveram por principal objetivo permitir a conclusão da operação de aquisição da Biosintética dentro dos limites impostos pelos quotistas-vendedores, possibilitando que as diversas ações pós-aquisição fossem implementadas de maneira ágil e eficiente.

76) A amortização do ágio que dela decorreu teve efeito meramente mediato.

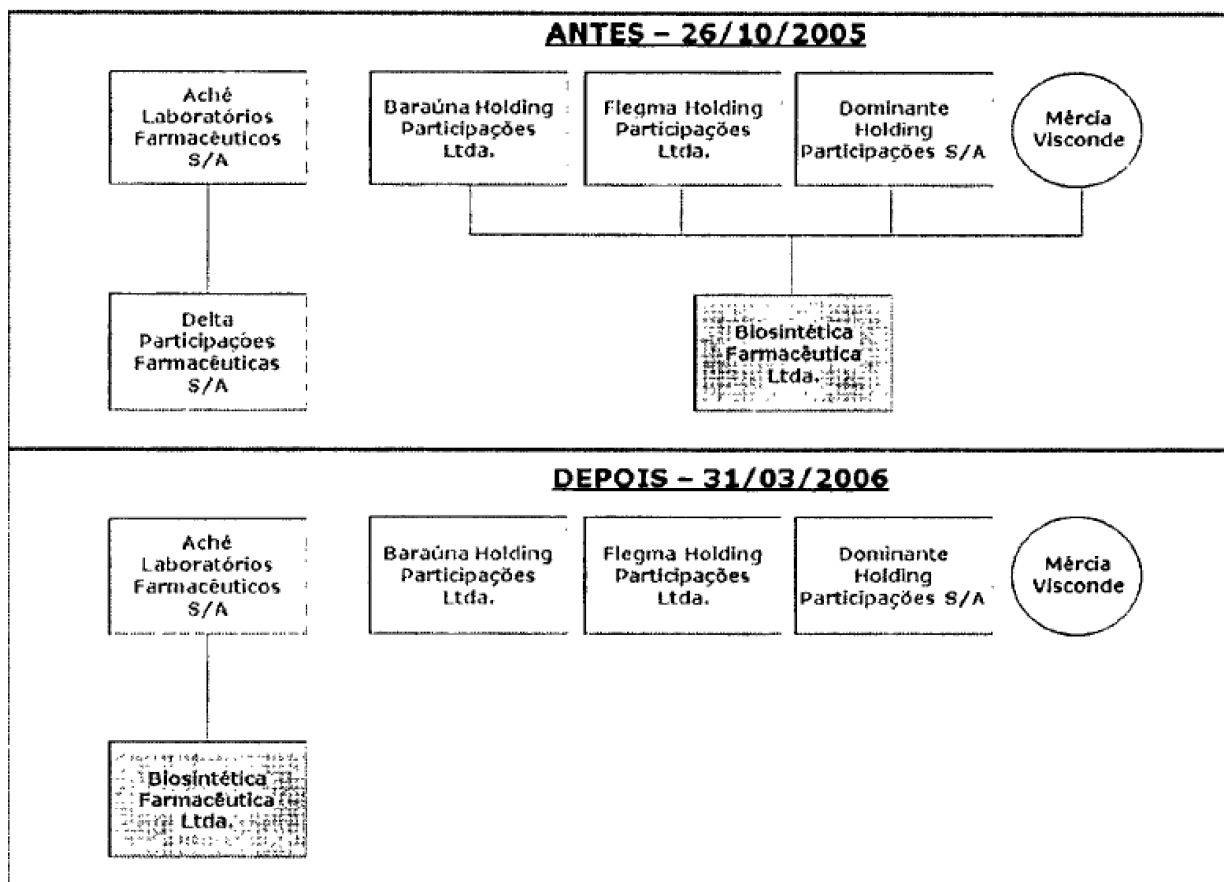
77) Assim, ao contrário do quanto pretendeu sustentar o auto de infração, a análise do "filme" representado pelo conjunto dos atos praticados não revela que tais atos possuem ponto de partida e de chegada idênticos.

78) A cena inaugural desse filme não é a contribuição das quotas da Impugnante ao capital da Delta Par. Tem início na decisão da administração do Grupo Aché pela ampliação de sua participação no ramo de medicamentos genéricos, a análise das oportunidades de investimento e a aproximação entre o Grupo Aché e os antigos quotistas da Impugnante e na identificação de riscos associados a esta oportunidade.

79) Além disso, o "filme" indicado pela autoridade lançadora possui cortes e edições de cenas relevantes, como as causas relacionadas à aquisição do investimento na Impugnante, a clara indicação dos propósitos da Delta Par desde a sua constituição, a própria constituição da empresa em 27/10/2005, a greve dos serventuários da SRF e todas as dificuldades e incertezas que se apresentaram no curso da aquisição do investimento e que confirmaram o que os administradores do Grupo Aché haviam antecipado.

80) Ao assim agir, o Auto de Infração acaba por focar numa cena específica do "filme", representada pela incorporação da Delta Par pela Impugnante, em detrimento de todas as demais, o que acaba por deturpar a realidade dos fatos.

81) A análise imparcial da operação revela que todos os atos praticados resultaram exatamente naquilo que as partes sempre buscaram: a aquisição da Biosintética pelo Grupo Aché e a ampliação da atuação do Grupo no ramo de medicamentos genéricos. A ilustração a seguir permite visualizar com clareza o "antes" e o "depois" do chamado "Projeto Delta":



82) A criação do veículo de investimento no caso presente atrelou-se à própria decisão de aquisição do investimento e o período de seis meses de sua existência foi compatível com os atos pós-aquisição que definiram a integração da Impugnante no Grupo.

83) A ilustração acima também permite visualizar com clareza a improcedência de outra acusação lançada contra a Impugnante, a de que a Impugnante teria amortizado um "ágio intragrupo". Isso porque, conforme se verifica, à época da aquisição da Impugnante pelo Grupo Aché, estes eram grupos econômicos distintos que não apresentavam qualquer vínculo societário.

84) No caso presente, no entanto, como se percebe a partir dos fatos até aqui narrados que:

A) houve o efetivo desembolso do preço em favor dos Vendedores, assim como,

B) houve a efetiva mudança no controle societário da Impugnante, fatos que jamais foram questionados nos presentes autos e representam matéria incontroversa.

85) Muito embora todos os fundamentos da adoção da estrutura societária no caso presente tivessem sido esclarecidos à Fiscalização, a opção mais simples foi rejeitá-las, como se, ao fazê-lo, elas desaparecessem, a saber:

"O problema é que ao lado desse interesse empresarial de manter as empresas independentes, houve também o interesse em obter benefício tributário irregular, melhorando as condições financeiras da aquisição feita. Para isso foi criada a Delta, para forjar um enquadramento irregular nas condições do art. 386 do RIR /99.

Assim, o Grupo Aché pretendeu atender seu interesse empresarial e obter, por meio de organização societária sem propósito negocial (interposição de empresa-veículo), vantagem tributária (amortização do ágio) com benefício fiscal. Se a aquisição da Biosintética tivesse sido efetuada pela Aché, ou outra empresa do Grupo, e nela permanecesse, somente seria atendido um dos interesses. "

86) Nos referidos itens do Termo de Verificação Fiscal: está o cerne da motivação fiscal muito embora reconheça a existência de razões negociais, simplesmente justifica a sua desconsideração ao fundamento de o Grupo Aché buscava obter vantagem tributária, o que tornaria irregular a amortização do ágio.

87) Recusa-se o agente fiscal a aceitar a legítima prerrogativa puramente negocial do Grupo Aché pela opção que mais proteção lhe deu, no momento em que a aquisição deveria ser avalizada sob o ponto de vista negocial (representado pelas práticas comerciais relacionadas à entrada em um novo negócio) e jurídico (representado pela manifestação do CADE e pelas contingências fiscais e trabalhistas envolvidas).

88) O receio de que o CADE eventualmente impusesse alguma restrição à implementação da operação estava relacionado à grande participação que o Grupo Aché e a Biosintética possuíam no mercado de medicamentos, o que poderia levar este órgão a concluir pela impossibilidade de concentração das duas empresas em um único grupo empresarial. E tal receio não se mostrava descabido, já que desde a edição da Lei nº 8.894/94 o CADE vem atuando firmemente contra operações que entende passíveis de colocar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência em perigo.

A "ordem natural das coisas"

89) No Auto de Infração, o agente fiscal questiona por que razão a aquisição da Impugnante não havia sido realizada diretamente pelo Aché, como se houvesse alguma razão escusa aproveitada pela Impugnante na forma eleita para a implementação das operações societárias. Confira-se:

"A questão consiste em: por que não foi efetuada simplesmente a aquisição da Biosintética pela Aché, sem outras movimentações societárias? Ou por que, posteriormente, a Aché não

incorporou a Biosintética ou a Biosintética não incorporou a Aché ou outra empresa do Grupo existente de fato? "

"O problema é que ao lado desse interesse empresarial de manter as empresas independentes, houve também o interesse em obter benefício tributário irregular, melhorando as condições financeiras da aquisição feita. Para isso foi criada a Delta, para forjar um enquadramento irregular nas condições do art. 386 do RIR /99. "

90) A insinuação feita pela autoridade lançadora no sentido de que a estrutura eleita é condenável porque a operação poderia ser feita diretamente pelo Aché não representa senão uma ingerência no exercício da adequada prerrogativa de gestão. Representa a inaceitável postura de condenar tudo aquilo que em sua opinião não segue a "ordem natural das coisas".

91) A pergunta adequada a ser feita por quem se dispõe a analisar com imparcialidade a estrutura adotada não é "qual é a ordem natural das coisas", mesmo porque a resposta a esta pergunta poderá estar contaminada por alto nível de subjetivismo e equívoco, pois a fiscalização talvez não tenha acesso à extensa gama de variáveis fáticas que influenciaram a decisão do contribuinte, nem recebeu capacitação técnica e de gestão para o gerenciamento de decisões de um negócio. A pergunta correta a se fazer é: "a estrutura adotada foi compatível com os fins e com os objetivos que a motivaram?"

92) É tão somente da aferição da incompatibilidade da estrutura adotada com a(s) causa(s) que a(s) motivou(ram) que legitimamente se poderá suscitar o artificialismo. A decisão negocial e estratégica para a implementação da operação de aquisição do investimento, seja diretamente por uma empresa do Grupo já existente, seja por meio da criação de uma empresa veículo, está afeita apenas aos gestores das sociedades envolvidas e não cabe ao Fisco questioná-la, como vem decidindo o E. CARF: "Por isso que a decisão sobre a criação e a extinção de empresas controladas compete exclusivamente aos acionistas das empresas. A criação de empresas, inclusive de empresas veículos que, aliás, foram amplamente utilizadas pelo próprio Governo para formatar o sistema de privatização, bem como a sua extinção por incorporação, independe de qualquer motivação econômica ou financeira, pois está na órbita exclusiva da decisão dos sócios, como bem ressalta Renato Ventura Ribeiro, Professor Doutor da USP - Largo de São Francisco -, que ensina: (...)" (Acórdão nº 1301000.711 - g.n.)

93) Os atos societários de aquisição do investimento na Impugnante e de incorporação da Delta Par são, pois, absolutamente coerentes com os propósitos negociais da operação, todos eles vinculados aos riscos envolvidos na entrada em um novo ramo de negócios (o de medicamentos genéricos), à possibilidade de imposição de condições pelo CADE e às potenciais contingências fiscais e trabalhistas que não puderam ser identificadas durante o processo de aquisição da participação societária.

94) Feitas estas considerações, nas linhas que seguem a Impugnante fará vir à tona os diversos vícios que permeiam o Auto de Infração e que levarão à declaração de sua total improcedência.

Preliminarmente - Nulidade do Auto de Infração por ausência de motivação

95) O que se verifica é que a autoridade fiscal apoia-se em um vasto conjunto de suposições, qualificações infundadas e ilógicas, para tentar criar uma aparente ilicitude nas operações praticadas, em completo descasamento com a realidade dos fatos, sem apontar a norma fiscal violada.

96) Ou seja, a autoridade fiscal faz uso de uma série de alegações retóricas, menciona a falta de propósito negocial, sem fazer referência ao dispositivo legal que fundamente tais alegações. Da mesma forma, traz a ideia de "inoponibilidade" dos negócios jurídicos ao Fisco, igualmente, sem apresentar qualquer base legal.

97) Sabedora da eficácia contida do parágrafo único do artigo 116 do CTN, a autoridade lançadora tenta fundamentar o Auto de Infração em uma suposta "ausência de substância econômica ou de motivação extratributária", mas sem indicar qualquer dispositivo legal que lhe permitisse desconstituir os atos praticados no caso presente e qualificá-los como inoponíveis ao Fisco.

98) O dever de motivar os atos administrativos (gênero no qual se incluem o ato de lançamento do crédito tributário) é tema incontroverso, dada a clareza da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), em especial de seu artigo 2º, o art. 10 do PAF e artigo 3º e 142, parágrafo único, do CTN.

99) Assim, sendo o fundamento de qualquer autuação em matéria tributária a desobediência à lei, a base legal do alegado descompasso entre a conduta do contribuinte e a lei deve estar expressamente consignada (disposição legal infringida e penalidade aplicável).

100) Resta, assim, demonstrada a nulidade do Auto de Infração ora impugnado por ausência de motivação, a despeito de existirem dispositivos específicos autorizando o registro e a amortização do ágio no caso presente (Lei nº 9.532/97), cuja violação não foi apontada ou demonstrada pelo agente fiscal.

A legitimidade do ágio amortizado pela Impugnante

101) O conceito de ágio (vigente à época dos fatos) é bastante simples e direto: o ágio tem origem na aquisição de participação societária por valor superior ao valor patrimonial da participação adquirida.

102) A figura do ágio relacionado com investimentos em outras sociedades decorre da Lei das S/A, que determina a obrigatoriedade, em determinadas situações, de que as demonstrações financeiras espelhem o valor dos investimentos pelo método da equivalência patrimonial, a teor do disposto no seu artigo 248.

103) Apesar de derivar da legislação societária, a segregação e o desmembramento do custo do investimento em valor de equivalência patrimonial e valor de ágio ou deságio foi determinada pela lei fiscal (Decreto-lei nº 1.598/77) e pela CVM (Instrução CVM nº 01/78).

104) Até a edição da Lei nº 9.532/97, as amortizações contábeis do ágio eram neutras para fins fiscais, por expressa determinação do artigo 25, §2º do Decreto-lei nº 1.598/77. A partir da Lei nº 9.532/97, cujas regras foram reproduzidas no artigo 386 do RIR, determinadas amortizações de ágio passaram a ter impactos na apuração do IRPJ e da CSLL, desde que atendidos os requisitos ali indicados.

105) No momento da aquisição do investimento, cabe à sociedade adquirente desdobrar o custo de aquisição do investimento em valor de patrimônio líquido e ágio (ou deságio, quando for o caso), devendo o lançamento contábil indicar o fundamento econômico do ágio: (A) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade ("Ágio Mais- Valia"); (B) valor de rentabilidade da coligada ou

controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros ("Ágio Rentabilidade"); ou (C) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas ("Ágio Outras Razões"). E o que determina o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, reproduzido no artigo 385 do RIR.

106) De seu próprio conceito deriva a conclusão de que o ágio somente pode surgir quando ocorrer aquisição de participação societária. Mais ainda, considerando que os dispositivos aplicáveis não trazem qualquer restrição à modalidade de aquisição da participação societária que daria ensejo ao registro do ágio, deve-se entender que a aquisição mencionada pelo artigo 385 do RIR não abrange apenas as operações de compra e venda de participação societária, mas engloba quaisquer outras transações que resultem na aquisição de investimento em pessoa jurídica por outra, como as situações em que determinada sociedade recebe, em integralização de capital, participação societária em outra empresa .

107) Assim, se a propriedade sobre a participação societária adquirida com ágio for transmitida a outra pessoa jurídica em aumento de seu capital social, o ágio é integralmente baixado contabilmente na pessoa jurídica alienante e considerado na apuração de seu resultado não operacional.

108) Passo seguinte, a pessoa jurídica que recebeu o investimento em aumento de capital deverá comparar o custo de aquisição do investimento (correspondente ao valor do aumento de capital) com o valor de patrimônio líquido da sociedade adquirida e, sendo aquele superior a este, nova equivalência patrimonial deverá ser realizada e novo ágio deverá ser registrado, nos exatos termos em que determinado pelo artigo 385 do RIR.

109) Vale dizer, nesse momento, deve a pessoa jurídica receptora do investimento ("adquirente") indicar o fundamento econômico para o ágio registrado em relação à pessoa jurídica transmitida (que pode perfeitamente ser distinto daquele indicado em relação à pessoa jurídica incorporada), devendo arquivar demonstrativo que justifique o lançamento contábil realizado. O que é vedado, ressalte-se, é a criação artificial de ágio por meio da manipulação dos valores pelos quais o investimento é transferido. Sendo o ágio registrado pela nova investidora um reflexo do ágio registrado pela adquirente original, não haverá qualquer prejuízo ao Fisco.

110) Foi exatamente isso o que ocorreu no caso presente. No momento em que a Delta Par recebeu o investimento na Impugnante por meio da integralização em aumento de capital realizada pela Aché, a Delta Par emitiu novas quotas em favor do Aché e desdobrou o custo de aquisição do investimento em valor de patrimônio líquido e ágio, o qual foi integralmente fundamentado economicamente na rentabilidade futura da Impugnante, conforme refletido no laudo econômico elaborado pelo Banco Pactual. Nem poderia ter ocorrido de maneira diferente, haja vista que desde o início a intenção era que a aquisição fosse feita diretamente pela Delta Par, o que apenas não ocorreu devido à greve dos serventuários da SRF, como já exposto na apresentação dos fatos.

111) Aqui vale comentar uma outra impropriedade técnica cometida pelo agente fiscal, que sustentou não ter havido pagamento por parte da Delta Par pelo investimento adquirido na Biosintética.

112) Como mencionado nas linhas anteriores, doutrina e jurisprudência são uníssonas ao afirmar **toda e** qualquer modalidade de aquisição de investimento está sujeita aos ditames do artigo 385 do RIR.

Nas situações em que o investimento é adquirido por meio de contribuição em aumento de capital, a contrapartida econômica despendida pelo adquirente é a emissão de novas ações ou quotas em favor do antigo investidor.

113) Tal entendimento é incontroverso na doutrina, que reconhece que a lei não limita o ato ou negócio jurídico pelo qual a aquisição de participação societária tenha ocorrido para fins do registro de ágio. A esse respeito vejamos as lições de Ricardo Mariz de Oliveira: "Outra observação importante é que a lei não limita o ato ou negócio jurídico pelo qual a aquisição tenha ocorrido, podendo ele ter sido uma compra e venda, uma permuta, uma dação em pagamento, uma conferência de bem para integralização do capital, ou qualquer outro.

Esta irrelevância do meio jurídico pelo qual ocorra a aquisição do investimento ou o seu pagamento vem desde o art. 20 do Decreto-lei n. 1598, no qual a aquisição surge não como parte do antecedente, e, sim, como parte do consequente, ademais para fixar o elemento temporal para aplicação da norma.

Realmente, o art. 20 tem como antecedente da norma o fato de o investimento ser avaliado por equivalência, e tem como consequente a obrigação de desdobramento do custo, dizendo que "deverá, por ocasião da participação, desdobrar o custo de aquisição". **Vê-se que a disposição** propriamente dita é a de desdobramento do custo de aquisição, e o momento para fazê-lo é o da ocasião da aquisição, pouco importando como esta tenha se dado."

114) Nesse mesmo sentido já decidiu a C. Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF") ao reconhecer que a operação de subscrição de ações equipara-se a uma aquisição de investimento. Nesse caso, a C. CSRF foi incisiva ao afirmar que o termo "aquisição" utilizado pelo artigo 385 do RIR deve ser interpretado em toda a sua plenitude, sendo vedado ao Fisco qualquer pretensão em restringir seu sentido com vistas a ilegalmente reduzir o campo de incidência da norma. Confirma-se a seguir o quanto pacificou a C. CSRF nesse relevante julgado: "A questão está em que o termo "aquisição", ressaltado nas normas, não pode ser restringido, em seu significado, apenas à compra e venda de ações, para possibilitar a amortização do ágio proveniente da aquisição da participação societária.

Não há qualquer fundamento legal que enseje tal restrição, de modo a excluir a subscrição, debatida nos autos. O fundamento do voto vencido no acórdão de que a aquisição exige uma outra pessoa é, como o devido respeito, um entendimento diferente da previsão legal. A legislação possibilita que a aquisição de participação societária de uma companhia se dê por subscrição de novas ações, desde que respeitados os limites legais. (...)

Na verdade entendo de forma totalmente diversa ao apresentando no voto vencido do acórdão recorrido, pois uma pessoa física ou jurídica, nos termos da legislação positiva, por "adquirir" participação societária por meio de uma operação de alienação, em que há uma aquisição da participação societária de outra pessoa física ou jurídica, ou, por meio de um aumento de capital em que há a emissão de novas ações que são subscritas pelo novo acionista, ou pelo acionista que quer aumentar a sua participação na Companhia. (...)

Na verdade, os efeitos contábeis independem da forma como a investidora adquiriu o seu investimento, quer tenha sido por subscrição de capital com recursos financeiros ou mediante a conferência de bens ou em participações societárias. A Lei não discriminou nenhuma dessas alternativas de aquisição de participação societária e não negou, em nenhuma dessas hipóteses, a possibilidade da amortização do ágio nos casos de incorporação reversa. A origem dos recursos utilizados para aumento do capital social na empresa investidora (por exemplo, se

recursos dos sócios, imóveis, subscrição de ações, contribuição de investimento em outra companhia) não é relevante no tocante a análise da dedutibilidade fiscal do ágio na empresa operacional quando esta incorpora sua investidora.

Portanto, a subscrição de ações por aumento de capital é uma forma de aquisição. (___)

De fato, não havendo distinção na lei, não cabe ao intérprete fazê-lo. Por aquisição entende-se forma de absorção a um patrimônio jurídico de algo novo, não tendo, tal absorção, por único meio uma compra e venda. Pode-se dar, como na hipótese, pela subscrição de ações novas, o qual se insere, indubitavelmente, no conceito de 'participação societária adquirida'. (Acórdão CSRF nº 9101-001.657, sessão de 15/05/2013)

115) Dessa forma, havendo aquisição de investimento em nova sociedade, por qualquer modalidade, surge o ágio, que deverá respeitar os ditames do artigo 385 do RIR, como toda e qualquer aquisição de participação societária em pessoa jurídica que seja avaliada pelo método da equivalência patrimonial, sendo o ágio original baixado juntamente com o investimento original. A autoridade lançadora pareceu não compreender esses conceitos.

116) Ao inserir no ordenamento jurídico a possibilidade de amortização do ágio por meio da Lei nº 9.532/97, o legislador contemplou nos artigos 7º e 8º o maior número de possibilidades para que a prerrogativa de amortização do ágio pudesse ser utilizada. Assim o fez porque desejava que esse mecanismo fosse utilizado em sua amplitude pelo contribuinte que efetivamente pagou determinados ágios na aquisição de investimentos em outras sociedades, e não que sua utilização fosse restringida ou revogada de fato como se dá pela sucessão de infundados autos de infração sobre o tema, como o presente.

117) Uma vez atendido o comando do artigo 385 do RIR, o ágio registrado pela Delta Par passou a ser amortizável depois de ter havido a incorporação da antiga investidora pela Impugnante como expressamente autorizado pelo artigo 386 do RIR, o que somente ocorreu depois de a Delta Par ter cumprido o seu propósito negocial, conforme exaustivamente explorado nas presentes razões.

118) De todo o exposto, fica demonstrado que o ágio em questão foi gerado e posteriormente amortizado de acordo com a legislação tributária. Não cabe, portanto, à autoridade lançadora pretender lançar quaisquer dúvidas sobre a sua legitimidade, sobretudo com base em premissas equivocadas como as que motivaram a lavratura do Auto de Infração.

A inexistência de prejuízo ao Fisco

119) Além de totalmente fundados em reais e legítimas razões negociais e empresariais, importa sublinhar uma vez mais que os eventos societários objeto do Auto de Infração não trouxeram qualquer vantagem escusa à Impugnante nem tampouco implicaram qualquer prejuízo aos cofres públicos.

120) Há um exagerado esforço acusatório quando se afirma que "*uma artificial estruturação para possibilitar a transferência do ágio a ser amortizado em futura incorporação*", como sustentou a autoridade fiscal.

121) A criação da Delta Par justificou-se por diversas razões comerciais e empresariais bem distintas dos efeitos fiscais associados à operação. Todas essas razões comerciais e empresariais representaram a causa para o negócio jurídico que levou à utilização da Delta Par na operação objeto do Auto de Infração, em perfeita conformidade com a finalidade econômico-prática a que visam as leis societária e civil nessas situações.

122) A utilização de veículo de aquisição de investimento em outras sociedades é estrutura das mais usuais utilizadas por investidores no mundo e também no Brasil, conforme atestam os anexos "Fatos Relevantes" publicados em jornais de grande circulação por sociedades anônimas de capital aberto por ocasião da aquisição de novos investimentos (doc. 18).

123) No caso presente, a utilização da Delta Par como um veículo de investimento não possuiu qualquer correlação imediata com efeitos fiscais dela decorrentes. Fosse o principal objetivo das operações societárias permitir a amortização fiscal do ágio pago quando da aquisição do investimento na

Impugnante, como alega a autoridade lançadora, bastaria que a participação societária fosse adquirida diretamente pelo Aché e que depois fosse implementada uma das operações societárias previstas pelo artigo 386 do RIR: incorporação, fusão ou cisão.

124) Assim, poderia o Aché ser incorporado pela Biosintética ou a Biosintética poderia incorporar o Aché. Alternativamente, poderiam as partes determinar a cisão parcial do Aché e o acervo cindido incluindo o investimento e o ágio na Biosintética ser incorporado pela Biosintética (Impugnante).

125) Segundo os artigos 7.º e 8.º da Lei nº 9.532/07, diversas eram as alternativas que levariam ao atendimento das formalidades exigidas pelo artigo 386 do RIR, todas elas inclusive muito mais simples e diretas do que aquela efetivada no caso concreto! Muito embora tais estruturas levassem à amortização do ágio, nenhuma delas atenderia aos já mencionados propósitos societários e empresariais do Grupo Aché na aquisição do investimento na Biosintética.

126) Em quaisquer dessas hipóteses o ágio poderia ser amortizado na mesma proporção em que a Impugnante amortizou, respeitando o limite máximo de 1/60 ao mês prescrito pelo inciso IV do artigo 386 do RIR. Com o objetivo de comprovar tal afirmação, a Impugnante procurou simular quais seriam os efeitos caso o Aché tivesse incorporado a Impugnante ou a Impugnante tivesse incorporado o Aché.

127) Muito embora tal informação obviamente não fosse disponível à época da aquisição do investimento, ao realizar tal simulação a partir dos resultados auferidos pelas duas empresas no período objeto do Auto de Infração, a conclusão a que chegou a Impugnante foi de que a união entre o Aché e a Impugnante geraria uma redução de mais de R\$ 4,1 milhões nos recolhimentos aos cofres públicos a título de IRPJ e CSLL no período de 2006 a 2011. Com efeito, conforme comprovam as DIPJs anexas (docs. 19 a 31), Aché e Impugnante recolheram um total de R\$ 231,5 milhões a título de IRPJ e CSLL em tal período. A união das duas empresas, no entanto, permitiria a utilização mais eficiente dos prejuízos fiscais e base negativa da CSLL registrado pelo Aché, levando a um recolhimento total no período no valor de R\$ 227,3 milhões.

128) Em razão disso, resta evidente a total improcedência dos argumentos suscitados pelo agente fiscal, já que demonstrado o propósito negocial das operações objeto do Auto de Infração a partir da perfeita correlação entre as causas dos negócios jurídicos realizados no caso presente e a ausência de viés exclusivamente fiscal na decisão tomada.

Inexistência de vedação legal ao reconhecimento e aproveitamento do ágio em operações entre sociedades relacionadas

129) A autoridade lançadora buscou também condenar a amortização do ágio gerado na incorporação da Delta Par ao argumento de que Aché, Delta Par e a Impugnante eram partes ligadas, de modo que o ágio gerado seria considerado "intragrupo", o que, na opinião do agente fiscal, afastaria a possibilidade de dedução de seus valores na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Vejamos:

"Além disso, conforme organograma entre com seu termo de resposta de 24/06/2014, vê-se claramente que a Aché, a Delta e a Biosintética pertencem ao mesmo grupo econômico, ou seja são partes ligadas. Tal fato afasta a aplicação da permissão de redução do lucro real e da base de cálculo da CSLL em incorporação às avessas prevista nos artigos 7.º e 8.º da lei 9532."

129) .Primeiramente, faz-se necessário frisar uma vez mais que o ágio gerado na aquisição da Impugnante pelo Grupo Aché jamais poderia ser caracterizado de "ágio intragrupo", uma vez que as partes eram pertencentes a grupos econômicos completamente independentes, conforme é possível verificar do organograma apresentado.

130) Conforme exposto, no momento de constituição da Delta Par e aquisição do controle da Biosintética pelo Grupo Aché, estes não apresentavam qualquer vínculo societário e consistiam em grupos autônomos.

131) Além disso, mesmo que assim não fosse, a legislação fiscal aplicável ao caso não impõe qualquer limitação quanto ao reconhecimento e amortização do chamado "ágio intragrupo". Ou seja, mesmo que o ágio sob análise de fato fosse considerado ágio intragrupo (o que, frise-se, não é) não haveria qualquer vedação nessas normas no que diz respeito ao reconhecimento e posterior amortização fiscal do ágio decorrente de uma operação efetuada entre sociedades que façam parte de um mesmo grupo econômico.

132) Ao invocar a vedação de amortização do denominado "ágio intragrupo", a autoridade lançadora extrai conceitos que não existem na lei, em flagrante violação às mais basilares regras da hermenêutica, que impõem que o intérprete mantenha-se fiel à prescrição legal sem dela distanciar-se para extrair-lhe comandos que extrapolam o conteúdo da lei, regra essa que se mostra ainda mais relevante em se tratando de normas de Direito Tributário, em relação às quais o princípio da legalidade é uma firme trave de sustentação. Essa é uma máxima há muito respeitada e exigida pelo E. CARP e pela C. CSRF.

133) A ausência de restrição na lei indica uma diretriz do legislador ao intérprete no sentido de não ser admitida qualquer restrição ou vedação quanto ao reconhecimento, registro e amortização fiscal do ágio decorrente de operações legítimas. Nesse mesmo sentido também é o entendimento da doutrina e pelo CARF.

134) Muito embora as autoridades fiscais já venham, na prática, impondo restrições que da lei não constam, lavrando autos de infração amparados em condições não encontradas em textos legais, o fato é que a possibilidade de alteração da sistemática de amortização do ágio para fins fiscais surgiu somente a partir da edição da recente Medida Provisória n.º 627, de 11 de novembro de 2013, convertida na Lei n.º 12.973, de 13 de maio de 2014.

135) Assim, ainda que por hipótese se admitisse que o ágio objeto dos presentes autos fosse de fato um ágio intragrupo, não haveria qualquer vedação legal que impedisse a sua amortização na forma em que realizada.

136) .Apenas com a inovação trazida pela Lei n.º 12.973/2014 é que foi positivada a restrição que a autoridade lançadora pretendeu impor no caso presente. Ainda assim, tal restrição somente terá aplicação para os investimentos adquiridos a partir de 2015, como

dispõe o artigo 65 da Lei nº 12.973/2014, o que certamente não engloba o caso dos presentes autos.

137) E nem se alegue que a MP 627 tenha natureza interpretativa, o que autorizaria a sua retroatividade, conforme previsto no artigo 106, I do CTN. Segundo referido artigo, a lei aplica-se a fato pretérito desde que seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

138) No tocante a possível atribuição de caráter interpretativa a determinada norma jurídica, a 2ª Turma da C. CSRF recentemente analisou o tema, tendo entendido pela obrigatória presença de determinados requisitos para que tal natureza possa ser reconhecida.

139) Segundo a C. CSRF, os seguintes requisitos devem ser observados para que uma lei possa ser considerada interpretativa: (a) o caráter interpretativo deve estar expresso; (b) existência de lei anterior disciplinando a matéria tratada na lei interpretativa, que deve indicar a lei anterior que está sendo interpretada; e (c) existência de dúvida quanto ao sentido de uma lei anterior.

140) Até o advento da MP 627, o tema não havia recebido tratamento legislativo específico, com exceção dos artigos 385 e 386 do RIR, que incorporam o disposto no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de conteúdo muito claro e sem qualquer vedação ao aproveitamento fiscal do ágio gerado nas chamadas operações "intragrupo".

141) Desta feita, verifica-se que os dispositivos da MP 627 são inaplicáveis ao presente caso, tendo em vista que (i) o ágio gerado na aquisição da Biosintética jamais poderia ser considerado um ágio intragrupo, uma vez que Biosintética e Aché eram pertencentes a grupos econômicos distintos, e

(ii) ainda que assim não fosse, não é possível operação retroativa de seus efeitos tendo em vista que a MP 627 não é norma meramente interpretativa.

Preenchimento de todos os requisitos para a amortização do ágio à luz da jurisprudência do E. CARF

142) O E. CARF no acórdão nº 1201-00.689, sob relatoria do Conselheiro Rafael Correia Fuso, assim se manifestou:

“Assim, a título de síntese, enquanto a causa é a função típica de determinado negócio jurídico, o motivo é a razão metajurídica que levou a pessoa a realização do mesmo, que só influenciará na órbita jurídica se esta motivação for ilícita (art. 166 do CC/02).

O problema da reorganização societária "ilícita" do ponto de vista tributário está quando a causa, isto é, a função econômico social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico, é distorcida para criar, instituir ou estabelecer uma vantagem fiscal. Seria o caso (não presente neste processo) de "ágio fabricado internamente", quando a operação societária cria um ágio artificialmente, para assim obter vantagem fiscal. O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento." (I Seção de Julgamento, 2 Câmara/ I Turma Ordinária, sessão de 08.05.2012)

142) Aplicando-se o raciocínio acima ao caso concreto, constata-se que a causa de todos os negócios jurídicos realizados foi plenamente respeitada, negócios esses cuja motivação em momento algum trouxe qualquer vantagem fiscal escusa à Impugnante, restando comprovado que a criação e a posterior incorporação da Delta Par, à luz das restrições regulatórias vigentes à época, foram lícitas, coerentes e necessárias para a satisfatória concretização da operação.

143) diversas outras decisões analisaram a causa/finalidade do negócio jurídico para avaliar se os atos societários que resultaram na possibilidade de amortização do ágio eram oponíveis ao Fisco. Dentre essas decisões, destacamos as seguintes: "Caso Telemar" (acórdão 1301-000.711), "ALE Combustíveis" (acórdão 1201-00.548), "Caso Camil" (acórdão 1201-00.659), "Caso Vivo" (acórdão 1101-00.354), entre outros.

144) A segunda corrente que vem sendo adotada pelo E. CARF entende existirem três requisitos básicos para que seja reconhecido o direito à amortização do ágio:

- (a) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- (b) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- (c) A demonstração da fundamentação econômica do ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura.

145). Dentre as decisões recentemente proferidas pelo E. CARF, a Impugnante destaca as seguintes:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PREMISSAS.

As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º., inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Cumprida ou não questionadas essas premissas, cancela-se a glosa, (acórdão nº 1402001.264, Rei. Antônio José Praga de Souza, sessão de 04/12/2012).

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO. O ágio efetivamente pago, em uma operação conduzida entre partes independentes, e fundamentado na rentabilidade futura da coligada ou controlada, ou na mais valia de bens do seu ativo, é passível de amortização, nos prazos e condições *estabelecidos em lei (...)*. (acórdão nº 1102-000.875, Rei. João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 12/06/2013).

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA. DEDUTIBILIDADE. Após a incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa), é dedutível a amortização de ágio decorrente da anterior aquisição de participação societária em negócio firmado entre partes independentes, em condições de mercado, baseado em expectativa de rentabilidade futura da investida e efetivamente pago à alienante do *investimento*, (acórdão nº 1302-001.407, Rel. Waldir Veiga Rocha, sessão de 03/06/2014)

146) Esses requisitos são exigidos para se verificar se as operações societárias que deram origem ao ágio possuem significação econômica, aí incluído o próprio ágio.

147) O efetivo pagamento, primeiro requisito, é exigido para que se comprove que a operação societária que deu origem ao ágio é onerosa, de modo que o ágio registrado por determinada pessoa jurídica de fato resulte em riqueza nova para o alienante original, evitando-se o que se vem convencioneando chamar de "ágios internos".

148) Houve o efetivo pagamento do custo de aquisição do investimento à Biosintética, inclusive do ágio, não havendo dúvidas quanto ao preenchimento desse requisito no caso concreto. A própria autoridade lançadora reconhece que o pagamento foi efetivamente realizado no contexto das operações realizadas com o Grupo Aché, tratando-se de fato incontroverso no presente processo administrativo.

149) Quanto ao segundo requisito, exige-se que as operações originais sejam realizadas entre partes não relacionadas, resguardando-se que a negociação seja realizada entre partes independentes e em condições de mercado. O cumprimento desse requisito no caso presente também é fato indiscutível, tendo em vista que o Grupo Aché não detinha qualquer vínculo societário com a Impugnante.

150) Avançando para o terceiro requisito, a existência de demonstração do fundamento econômico do ágio registrado contabilmente, trata-se de comando expresso do artigo 385 do RIR que tem como objetivo refletir a razão econômica pela qual o adquirente pagou pelo investimento um valor superior ao seu patrimônio líquido.

151) A fundamentação econômica do ágio pago em relação ao investimento na Impugnante também jamais foi colocada sob dúvida. Ou seja, o laudo de avaliação do Banco Pactuai não sofreu qualquer questionamento específico por parte da autoridade lançadora, de modo que também figura como fato incontroverso o cumprimento desse terceiro requisito pela Impugnante.

152) Exceto pela alegação de razões puramente fiscais para a Delta Par, a autoridade lançadora não traz qualquer outra alegação que se prestasse para negar à Impugnante a faculdade de amortizar o ágio, já que houve pagamento em dinheiro de ágio, o negócio se deu entre partes não relacionadas, bem como estava amparado por laudo sobre a rentabilidade futura emitido na época da operação, não tendo sido, em momento algum, contestado pela autoridade lançadora.

153) De acordo com essa segunda corrente, cumpridas as premissas básicas acima apontadas, resta confirmado o direito do contribuinte de deduzir as despesas de ágio nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL a partir do momento em que se verificar uma das operações societárias previstas pelo artigo 386 do RIR (incorporação, fusão ou cisão). Veja-se:

Nos termos do voto condutor no aludido acórdão, aprovado à unanimidade por esta colenda Turma, prevaleceu o entendimento de que a amortização do ágio, pago com fundamento em previsão de rentabilidade futura, com fulcro no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532 de 1997, deve atender, inicialmente a três premissas básicas, como forma de comprovação da realização do propósito negocial da operação, quais sejam:

- a) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- b) a realização das operações originais entre as partes não ligadas;

c) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de *rentabilidade futura*;" (acórdão nº 1402-000.993, Iª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, ilmo. Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, sessão de 11/04/2012)

154) Portanto, independentemente de ser adotada (i) a corrente que analisa a coerência entre causa objetiva e o seu conteúdo típico ou (ii) a corrente que verifica se (a) houve o efetivo pagamento do custo total de aquisição, (b) a realização de operações entre partes não ligadas e (c) a lisura na avaliação da empresa adquirida, constata-se que o aproveitamento fiscal do ágio no caso concreto é válido.

A indevida aplicação da multa de 150%

155) Apesar de não identificar qualquer evidência de comportamento delituoso por parte da Impugnante e nem indicar se sua conduta configurou alguma das hipóteses autorizadoras da aplicação da multa de 150%, a autoridade lançadora alegou que teria Impugnante agido com dolo, o que justificaria a qualificação da multa.

156) Equivoca-se o Agente Fiscal ao alegar que bastaria evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa de ofício. Isso porque o artigo 41, §1º da Lei nº 9.430 estabelece que a multa no percentual de 150% será aplicada nas situações em que seja evidenciado sonegação, fraude ou conluio, devendo uma dessas situações ser expressamente apontada pela autoridade lançadora no caso concreto.

157) Em razão disso, jamais poderia o Agente Fiscal indicar as hipóteses autorizadoras da aplicação da multa qualificada e genericamente enunciar que a conduta da Impugnante se enquadraria nelas. Da leitura do auto de infração não é possível nem identificar se a autoridade fiscal entendeu que a conduta da Impugnante implicou sonegação, fraude ou conluio.

158) Em razão disso, jamais poderia o Agente Fiscal indicar as hipóteses autorizadoras da aplicação da multa qualificada e genericamente enunciar que a conduta da Impugnante se enquadraria nelas. Da leitura do auto de infração não é possível nem identificar se a autoridade fiscal entendeu que a conduta da Impugnante implicou sonegação, fraude ou conluio.

159) Analisando algumas decisões emanadas do E. CARF, depreende-se que os comportamentos ou circunstâncias fáticas aptos a caracterizar a ação ou omissão dolosa caracterizada como fraude são os seguintes:

- adulteração de documentos fiscais (Ac. 105-2.984/88);
- utilização de conta bancária fictícia e de conta-corrente fantasma (Ac. 0312.178/92-Ac. 102-40.853/96- Ac. 101-92.245/98);
- utilização de documento falso e de documento ideologicamente falso (Ac. 105-4.060/90 -Ac. 10318.019/96 - Ac. 104-14.960/97 - Ac. 101-74.402/83 -Ac. 106-2.759/90-Ac. CSRF/01-928/89);
- utilização de documento não idôneo e de documento de empresa fantasma (Ac. 101-91.654/97-Ac. 107233/93 - Ac. 102-27.594/92 - Ac. 103-19.731/98 -Ac. 108-04.916/98);
- emissão de notas fiscais paralelas (Ac. 101-85.896/93 - Ac. 101-85.902/93);
- emissão de notas fiscais calçadas (Ac. 103-06.377/84 - Ac. 101-74.233/83 -Ac. 105-2.984/88).

160)Portanto, a ação ou omissão dolosa sempre é acompanhada da adjetivação - adulterada, fictícia, inidônea, falsa, ideologicamente falsa, nota calçada, nota paralela, empresa fantasma, etc. -identificadora de comportamento delituoso.

161)Entretanto, no presente caso, em nenhum momento foi identificada qualquer evidência de comportamento delituoso por parte da Impugnante ou qualquer indício de que a Impugnante realizou ato ilícito - emissão de documentos falsos, inidôneos, alterados, constituição de empresas fantasmas -visando a alterar o fato gerador e reduzir o valor de imposto a pagar.

162)Ao contrário, todos os atos realizados pela Impugnante estão em total conformidade com a legislação societária vigente, não atentando contra qualquer norma do Ao contrário, todos os atos realizados pela Impugnante estão em total conformidade com a legislação societária vigente, não atentando contra qualquer norma do ordenamento jurídico. Tanto é verdade que em nenhum momento a Fiscalização questiona a legalidade e legitimidade dos atos societários praticados pela Impugnante. Conforme já foi dito, a acusação fiscal reconhece que não há vício nos procedimentos de aquisição da Impugnante, constituição da Delta Par, ou dos atos de incorporação realizados em momento posterior. De fato, a Fiscalização apenas não aceita os efeitos fiscais de tais atos, mas em nenhum momento refuta a regularidade dos mesmos.

163)A esse respeito, o Auto de Infração relata que Impugnante buscou dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação societária ao formalizar seus registros contábeis e societários, com a intenção de induzir a fiscalização a avaliar uma operação que seria inoponível ao Fisco.

164)A Impugnante nunca omitiu ou alterou os documentos referentes aos atos praticados e que são objeto do presente processo. Todos os atos foram praticados às claras, dando-se ciência a terceiros (inclusive ao Fisco) por meio de publicação em jornais de grande circulação, fazendo constar as informações das diversas declarações apresentadas ao Fisco. E no curso do procedimento de fiscalização a Impugnante prontamente atendeu aos diversos Termos de Intimação que lhe foram enviados, apresentando todos os documentos requeridos, o que é mais um elemento que denota sua evidente boa-fé.

165)A fraude pressupõe que os atos realizados pelo contribuinte tenham como objetivo final impedir ou retardar o fato gerador, de maneira a reduzir o valor do tributo devido. Isto é, os atos devem ser praticados com o objetivo de mitigar o impacto da carga tributária.

166)Exatamente esse é o entendimento já pacificado no âmbito do E. CARF, merecendo destacar acórdão da C. CSRF em que se afirma que a fraude deve ser verificada mediante a conduta dolosa do contribuinte com vistas a modificar o fato gerador do tributo: (Transcreve parte do acórdão).

167) Como já referido, não se trata de posicionamento isolado, mas de maciça jurisprudência do CARF. De maneira coerente com tudo o quanto aqui exposto, a aplicação da multa majorada já restou afastada por aquele Tribunal em casos de falta de recolhimento de tributo decorrente de divergência de critérios na interpretação de sentença judicial (Ac. 20216.155/05); de divergência de critérios no exame dos documentos e dos elementos necessários para o lançamento do tributo (Ac. 202-14.885/03); nos casos em que as operações estavam claramente explicitadas em contratos, mas foram imprópria ou irregularmente contabilizadas (Ac. 103-20.858/02); ou até mesmo nos casos envolvendo negócios jurídicos

simulados, contratados com o objetivo de tirar proveito de algum regime tributário mais benéfico pelo contribuinte (Ac. 101-93.701/01).

168) Assim, resta demonstrado que, ainda que a presente autuação pudesse ser considerada procedente, o que se admite apenas a título de argumentação, a multa de 150% aplicada pela autoridade lançadora não se subsume aos fatos descritos no presente processo, devendo ser reduzida para 75%, já que inexistente a fraude no caso presente, cuja caracterização é exigida para a qualificação da multa de ofício.

A ilegalidade da exigência dos juros moratórios sobre a multa punitiva

169) Não há como pretender a incidência de juros sobre a multa de ofício, na medida em que, por definição, se os juros remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal, e não foi. Fora dessa hipótese, qualquer incidência de juros se mostra abusiva e arbitrária, por ausência de seu pressuposto de fato - reposição do numerário que deveria ter ingressado nos cofres públicos, mas não ingressou pela falta do contribuinte.

170) Justamente por essa razão é que não há previsão legal para a incidência de juros sobre multa. O § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/96 determina que "sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do artigo 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".

171) A multa tem nítido caráter de sanção, penalidade, pelo inadimplemento de obrigação. Na seara tributária, há espaço somente para a incidência de juros de natureza moratória. Afinal, o Estado, no exercício de sua competência tributária, não empresta dinheiro ao contribuinte, não havendo, portanto, como cobrar-lhe juros compensatórios.

Assim, não há como pretender a incidência de juros sobre a multa de ofício, na medida em que, por definição, se os juros remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal, e não foi. Fora dessa hipótese, qualquer incidência de juros se mostra abusiva e arbitrária, por ausência de seu pressuposto de fato - reposição do numerário que deveria ter ingressado nos cofres públicos, mas não ingressou pela falta do contribuinte.

A contribuinte finaliza sua impugnação requerendo o cancelamento integral do auto de infração; a produção de todas as provas em Direito admitidas; a oportuna sustentação oral de sua defesa e que todas as intimações sejam feitas aos cuidados da Drª Raquel Novais, com escritório à Av. Brigadeiro Faria Lima nº 3.144, 11º andar, CEP 01451-000, São Paulo - SP."

Passo, agora, a complementar o relatório acima colacionado.

Apreciada a impugnação da fiscalizada, em 22/12/2015, a 8ª Turma de Julgamento da DRJ/RJO, julgou, por unanimidade de votos, procedente em parte o recurso da fiscalizada, cancelando a qualificação da multa de ofício e reduzindo-a ao patamar de 75%, também mantendo - sem alteração - o valor principal lançado de IRPJ e CSLL. Ainda, restou decidido que sobre os principais lançados incidirá a multa de 75% mantida e os juros de mora até a data de sua extinção. Tal decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011

PROVAS DOCUMENTAIS. MOMENTO DE SUA APRESENTAÇÃO

As provas que o contribuinte possuir devem ser mencionadas na impugnação e, em se tratado de documentos, sua apresentação deve ser junto àquela. Preclui o direito de o contribuinte apresentá-las em outro momento processual, salvo se o motivo se der em decorrência de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente, ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA EMPRESA VEÍCULO SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO POR SUA CONTROLADA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO NA CONTROLADA APÓS A INCORPORAÇÃO DA EMPRESA VEÍCULO.

Para que sejam satisfeitas as determinações dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97 a reorganização societária deve se dar entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização do ágio pela controlada se após a incorporação da empresa veículo o investimento e o ágio agregado ao custo deste persistem no ativo da investidora original.

MULTA QUALIFICADA.

A qualificação das multas de ofício não tem lugar sobre condutas que encontram guarida em sede administrativa.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Quaisquer débitos para com a Fazenda Nacional, quando não pagos no vencimento, sujeitam-se à incidência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011

AUTO DE INFRAÇÃO CORRELATO

Sendo uma mesma infração fato gerador que enseja a incidência de outro tributo, a mesma sorte terá o auto de infração correlato observadas sua base de cálculo, período de apuração e alíquota própria.

Inconformada, a ora Recorrente interpôs Recurso Voluntário (fls.2;897-2.989) a este Conselho, não inovando em seus argumentos.

Necessário o exame de Recurso de Ofício.

Há contrarrazões pela PGFN (fls.3.013-3.042).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Demetrius Nichele Macei - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Há também recurso de ofício regularmente interposto pela DRJ, razão pela qual, deles conheço.

Em apertada síntese, trata-se de recurso voluntário do contribuinte defendendo a dedutibilidade de despesas com ágio, decorrente de operação societária, na qual o contribuinte incorporou a sua investidora e, em razão do disposto na legislação de regência, passou a amortizar despesas com ágio, à razão de 1/60 avos por mês. O contribuinte detalha toda a operação realizada e as razões das operações societárias realizadas. Defende o contribuinte, ainda, a não incidência de juros de mora sobre multa. A DRJ, por sua vez, recorreu de ofício em razão de ter sido afastada a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a de 150 para 75%.

Feito este pequeno intróito, passa-se a apreciação dos argumentos do contribuinte em seu recurso voluntário.

I – Da legitimidade da amortização do ágio

Inicialmente, é preciso esclarecer que esta Turma já analisou a operação objeto dos autos de infração em exame (IRPJ e CSLL), quando do julgamento do Processo Administrativo nº 16643.720001/2011-18, relatado pelo i. Conselheiro Antonio José Praga de Souza e materializado no acórdão nº 1402-001.310, de 05 de dezembro de 2012, ocasião em que deu-se provimento, por unanimidade de votos, ao recurso voluntário do contribuinte, razão da interposição de recurso especial pela Procuradoria da Fazenda à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

A CSRF, por sua vez, analisando a mesma operação, concluiu que “a 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”, é “indevida a amortização do ágio pela recorrida”, conforme acórdão nº 9101-002.188, de 20 de janeiro de 2016, revertendo a decisão desta Turma.

Na verdade, os processos mencionados (o acima referido e o presente), são de fato *conexos*. Tal conclusão não é minha, mas defendida pelo próprio contribuinte, conforme relatado anteriormente (itens - 7, 8 e 11 - argumentos de impugnação).

Veja-se então o que prevê o Regimento Interno do CARF (RICARF) a respeito do tema:

"Art. 6º. Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:

§1º. Os processos podem ser vinculados por:

I - conexão, constatada entre processos que tratam de exigência de crédito tributário ou pedido do contribuinte fundamentados em fato idêntico, incluindo aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos;

...

§ 2º. Observada a competência da Seção, os processos poderão ser distribuídos ao conselheiro que primeiro recebeu o processo conexo, ou o principal, salvo se para esses já houver sido prolatada decisão.

§ 3º. A distribuição poderá ser requerida pelas partes ou pelo conselheiro que entender estar prevento, e a decisão será proferida por despacho do Presidente da Câmara ou da Seção de Julgamento, conforme a localização do processo."

Ainda que este Relator possa ter entendimento diferente no caso concreto, o fato é que a Câmara Superior de Recursos Fiscais tem a incumbência de uniformização de posicionamentos dentro da estrutura do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Na hipótese de a parte, por exemplo, em coerência com seu próprio argumento de defesa, tivesse requerido a distribuição dos presentes autos ao relator do processo anterior, a decisão tomada neste seria necessariamente a mesma naquele.

Assim sendo, reitero: por coerência ao argumento do contribuinte de que este processo trata exatamente do mesmo fato daquele julgado junto a CSRF - argumento ao qual me filio -, curvo-me ao posicionamento firmado por esta Colenda Câmara, adotando o seu voto vencedor, relatado pelo i. Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, como razão de mérito para decidir no presente processo administrativo.

"Para o julgamento de mérito sobre a despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários, da mesma forma como fiz para o processo nº 19647.01051/2007-83, adoto a recente jurisprudência do CARF que considero mais adequada e que restou cinzelada no Acórdão nº 1103-001.170, de 04/02/2015, da relatoria do nobre Conselheiro André Mendes de Moura. Seguem trechos do voto condutor:

‘Para se tratar em ágio, há que se, inicialmente, falar do investimento em sociedades coligadas e controladas avaliado pelo método de equivalência patrimonial (MEP), conforme previsto no art. 384 do RIR/99. A principal característica do método é de se permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

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).

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.

Dentre os três critérios, assume relevância, **para o caso concreto**, aquele que consiste no 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.

As variações no patrimônio líquido da 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 controladora.

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).

(...)

É por isso que a investidora, ao registrar o ágio em conta de ativo, não promove a sua amortização para fins fiscais. Não poderia ser diferente, vez que a "mais valia", decorrente da expectativa de rentabilidade futura, foi paga em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, e que serão tributados **na própria investida**. Por sua vez, a repercussão de tais lucros na investidora dar-se-á pelo MEP, que não é objeto de tributação. Dessa maneira, como os lucros não são tributados na investidora, não há que se falar em amortização do ágio na investidora. 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.

Portanto, percebe-se que, na regra geral, para fins fiscais, o ágio não é dedutível na apuração do lucro real.

Contudo, tal cenário está sujeito a mudanças.

O investimento adquirido com ágio pode ser alienado, liquidado, ou mesmo ser objeto de uma transformação societária.

Passam a ser tratadas as situações específicas, como se pode verificar nos 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)

Verifica-se que o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa for objeto de alienação ou liquidação, oportunidade em que o ágio irá compor a apuração do custo de aquisição a ser considerado no ganho de capital auferido pelo alienante.

Por sua vez, 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 no art. 386 do RIR/99:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes 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.

A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).

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

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

E a norma em debate se dirige à investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, sendo ela, e apenas ela a destinatária da prerrogativa de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impondível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.

A respeito do 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.**

Sobre o aspecto material, há que se observar que apenas o ágio com fundamento econômico no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em e previsão dos resultados nos exercícios futuros é que tem a amortização autorizada em sessenta parcelas.

Ainda, 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...), ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

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

Naquela assentada, tratava-se de caso em que a incorporação se deu conforme o *caput* do art. 386 do RIR/99. Já no caso dos autos, trata-se de incorporação nos moldes do §6º do art. 386 do RIR/99 (que é comumente conhecida como incorporação "às avessas"). Embora isso não vá impactar nas premissas de exegese da norma, faz-se necessário tecer comentários adicionais quantos aos aspectos pessoal e material, de forma a adequá-los a esse modelo de incorporação.

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

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 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.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora **original** (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao **caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo** torna-se impossível, vez que o fato impondível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).

Da mesma forma que no aspecto pessoal, a **confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consuma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendido os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade. Por bem adequadas, transcrevo palavras da recorrente:

"Dentre os aspectos que impedem o ágio registrado ... de ser dedutível, cita-se aquele que fora ressaltado pelo Termo de Verificação Fiscal, qual seja: **ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem.**

Por certo, tal como fora ressaltado nas premissas teóricas apresentadas neste recurso, a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre de o encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio com esse mesmo ágio. Em face dessa "**confusão patrimonial**", a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com a "mais valia".

Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a "mais valia" contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento.

Assim, em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica **que efetivamente suportou o ágio** pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. **O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária.** Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. **O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

Na situação estudada, nenhuma das duas empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas quotas. Não houve "confusão patrimonial" da "mais valia" com o investimento que lhe deu causa."

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 "às 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 *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."

À vista do acima disposto, decido pela legitimidade da autuação levada a efeito pela fiscalização, mantendo a r. decisão da DRJ do Rio de Janeiro e os créditos tributários constituídos a título de IRPJ e CSLL pela glosa de despesas com ágio indedutíveis.

II – Da incidência de juros sobre multa

A respeito do tema, curvo-me ao entendimento consagrado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais deste Conselho, e refletido no acórdão nº 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner, *in verbis*:

"O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito". Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

A obrigação tributária principal referente à multa de ofício, a partir do lançamento, converte-se em crédito tributário, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

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 tributário dela decorrente. (destacou-se)

A obrigação principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tornando-se ambas obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora 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.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art. 950. Os débitos 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 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§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 imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §1º).

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §2º).

§3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou a Câmara Superior de Recursos Fiscais quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL -
A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

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

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995.

No âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0239572-8 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."

No mesmo sentido, aliás, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo reproduzida:

DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA FISCAL PUNITIVA.

É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário. Precedentes citados: REsp 1.129.990-PR, DJe 14/9/2009, e REsp 834.681-MG, DJe 2/6/2010. AgRg no REsp 1.335.688-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/2012.

Por esta razão, afasto a alegação do contribuinte de que não haveria incidência de juros sobre a multa de ofício, ressaltando que tal fato não decorre da autuação, mas decorrerá do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor resultante deste auto de infração, no seu respectivo vencimento, momento em que se iniciará o computo de juros sobre a multa.

III – RECURSO DE OFICIO - multa qualificada

A qualificação da multa de ofício foi afastada pela r. decisão da DRJ do Rio de Janeiro, uma vez que, nos termos do v. acórdão recorrido, não se ter verificado intuito de fraude nas operações societárias realizadas pelo contribuinte, razão da existência do recurso de ofício.

Compulsando os autos, notadamente o Relatório de Ação Fiscal Tributária, constatou-se que a fiscalização, em nenhum momento, individualizou conduta dolosa de quaisquer dirigentes da Recorrente no sentido de determinar, conscientemente, a realização dos atos societários que redundaram na contabilização de ágio gerado e sua amortização como despesa dedutível, reduzindo o IRPJ e CSLL a pagar.

Ao contrário, a autoridade fiscal dedicou pouco mais de uma folha e meia (das 39 paginas do TVF) para fundamentar e justificar a qualificação da multa. Sustentou que houve fraude, mediante dolo, mas não individualizou nenhuma conduta. O único indicativo neste sentido está na Representação Fiscal para fins penais, que se encontra em apenso ao presente processo. Sem ingressar no mérito, alheio à competência deste colegiado, a representação afirma que todos os diretores da empresa seriam responsáveis pelo simples fato de serem diretores à época dos fatos, o que me parece enfraquecer ainda mais o auto de infração, no que tange à qualificadora.

Aliás, a autuação não é apenas omissa, mas incongruente, pois se houve menção e qualificação expressa das pessoas físicas responsáveis na representação para fins penais, a lógica seria obviamente responsabilizá-los sob o ponto de vista tributário, cujos requisitos são menos rigorosos do que os previstos na legislação penal.

Não restou demonstrada a intenção do contribuinte, através de seus dirigentes, no sentido de sonegar total ou parcialmente o tributo. Não há prova da existência da fraude.

Ao contrário, verifica-se que todos os atos societários praticados pelo contribuinte estão em conformidade com a legislação societária vigente, devidamente registrados na Junta Comercial competente, tanto que, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 16643.720001/2011-18, materializado no acórdão nº 1402-001.310, de 05 de dezembro de 2012, esta Turma deu provimento, por unanimidade de votos, ao recurso voluntário do contribuinte para o ágio em si, nem cogitando a ideia de multa, quiçá qualificada.

De se observar, ainda, que é lícito ao contribuinte organizar a sua atividade empresarial de maneira livre, desde que respeitados os limites legais. O uso abusivo desse direito, por meio da utilização de empresa veículo, por exemplo, pode dar razão ao fisco para a autuação, mas por si só não traz a reboque a qualificação da multa, sem que haja a demonstração inequívoca dos elementos qualificadores.

Da mesma forma, não se trata aqui do chamado "ágio interno", ou de criação fictícia de ágio, mas sim operação societária abusiva para a amortização do mesmo em dissonância com o posicionamento da fiscalização.

Neste sentido, veja-se precedente deste Colegiado, materializado na ementa abaixo reproduzida:

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

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

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

1. A Lei das S/A - LSA veda, em regra, a negociação com as próprias ações. Comprovada que operações formalizadas como aquisição de investimento, com posterior cisão parcial e incorporação, na verdade dissimulavam aquisição das próprias ações, deve o Fisco apurar os tributos devidos de acordo com os fatos efetivamente ocorridos.
2. O pagamento de mais valia em aquisição das próprias ações não pode alterar o resultado do período, devendo ser contabilizado diretamente em contas patrimoniais, ou seja, sem transitar pelo resultado.
3. O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificiais e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal.
4. Nesse cenário, o ágio artificialmente gerado não pode ser utilizado para redução da base de cálculo de tributos.
5. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a geração e a transferência do ágio.

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

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

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE.

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

IRPJ. ESTIMATIVAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA.

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

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

O decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação dele decorrente.
Recurso Voluntário parcialmente provido.

(Acórdão nº 1402-001.460, 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma ordinária, Rel. Carlos Pelá, sessão de 08.10.2013)

Assim, o afastamento da multa qualificada deve ser mantido por não restar caracterizado o dolo que justifique a qualificação da penalidade no caso concreto, razão pela qual nego provimento ao recurso de ofício.

Ante todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, mantendo os créditos tributários de IRPJ e CSLL constituídos no presente processo, bem como a incidência de juros sobre a multa de ofício; e, negar provimento ao recurso de ofício, mantendo a multa de ofício em 75%.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei