



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16561.720154/2017-52  
**Recurso** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão nº** 1301-006.317 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 16 de março de 2023  
**Recorrentes** INTERCEMENT BRASIL S.A.  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2012

**AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.**

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais, incabível cogitar-se na nulidade do Auto de Infração.

**DECADÊNCIA. ANÁLISE DE FATOS OCORRIDOS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. NATUREZA PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE.**

A análise da formação do ágio tem natureza de prova, a qual pode ser idoneamente carreada aos autos, independentemente da data de sua criação, ou da data do fato a que ele se reporte, estando sujeita à livre apreciação pelo fisco, que pode, com base nela, efetuar o lançamento, desde que o fato gerador esteja dentro do prazo decadencial.

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.**

Nos termos do art. 135, III do CTN, a sujeição passiva solidária exige indicação de ato de infração à lei ou ao contrato social, acompanhada de provas que demonstrem de forma inequívoca a atuação pessoal do sujeito responsabilizado ao referido ato.

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.**

Inexistindo nos autos elementos de convicção que possam servir de suporte para a exasperação da multa aplicada, há que se ratificar a redução do percentual correspondente.

**MULTA ISOLADA PELO NÃO RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS E MULTA VINCULADA.**

O art. 44, I e II, da Lei nº 9.430, de 1996, com nova redação atribuída pela Lei nº 11.488, de 2007, da prevê duas condutas jurídicas distintas e, para cada uma delas, o legislador ordinário previu sanções igualmente distintas. Incurrendo o sujeito passivo nas duas condutas previstas em lei, deve ser aplicada a respectiva sanção prevista.

**JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.**

Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora, a partir de seu vencimento.

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

Ano-calendário: 2012

**ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.**

Não há previsão legal para transferência do ágio da real investidora para outra empresa do grupo. A amortização de despesa do ágio só é possível quando há confusão patrimonial entre a real investidora e a empresa investida, adquirida com ágio.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)**

Ano-calendário: 2012

**CSLL. BASE DE CÁLCULO. GLOSA DE ÁGIO. CABIMENTO.**

É cabível, em relação à CSLL, a glosa das despesas de amortização de ágio, tendo em vista a aplicabilidade à CSLL das mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, acordam os membros, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Marcelo José Luz de Macedo, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Eduardo Monteiro Cardoso, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Iágaro Jung Martins.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iagaró Jung Martins, José Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo José Luz de Macedo, Rafael Taranto Malheiros, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Eduardo Monteiro Cardoso, Giovana Pereira de Paiva Leite (Presidente).

**Relatório**

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos em face do Acórdão n.º 02-87.698, proferido pela 4ª Turma da DRJ/BHE, que julgou parcialmente procedente as impugnações apresentadas, no sentido de REJEITAR as preliminares de nulidade e decadência, e no mérito, CANCELAR a qualificação da multa de ofício passando para o patamar de 75%, mantendo o crédito tributário com os devidos acréscimos legais, bem como AFASTAR a responsabilização solidária atribuída a Ricardo Fonseca de Mendonça Lima, José Edison

Barros Franco, Carlos Pires Oliveira Dias, Luiz Roberto Ortiz Nascimento, Raphael Antonio Nogueira de Freitas, Carlos Antonio Rossi Rosa, Flavia Buarque de Almeida, Marcelo Pereira Malta de Araújo, Albrecht Curt Reuter Domenech, Vitor Sarquis Hallack e André Pires Oliveira Dias.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento de primeira instância, a seguir transcrito:

Contra a contribuinte acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração de fls. 1.213 a 1.243, para exigência de crédito tributário no montante de R\$ 227.089.236,71, assim discriminado:

	TRIBUTOS	JUROS DE MORA	MULTA PROPORCIONAL	MULTA ISOLADA	TOTAL
IRPJ	49.113.444,38	26.251.136,00	73.670.166,52	17.939.455,99	166.974.202,86
CSLL	17.680.839,98	9.450.408,95	26.521.259,94	6.462.525,00	60.115.033,85
					227.089.236,71

Segundo a “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal/Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica”, assim como no Auto de Infração da CSLL, o Autor do feito registra as seguintes infrações: Amortização de ágio indevida e Falta de recolhimento de IRPJ/CSLL sobre a base de cálculo estimada.

Foram considerados Responsáveis Solidários por excesso de poderes, infração de lei, Contrato Social ou Estatuto, Ricardo Fonseca de Mendonça Lima, José Edison Barros Franco, Carlos Pires Oliveira Dias, Luiz Roberto Ortiz Nascimento, Raphael Antonio Nogueira de Freitas, Carlos Antonio Rossi Rosa, Flavia Buarque de Almeida, Marcelo Pereira Malta de Araújo, Albrecht Curt Reuter Domenech, Vitor Sarquis Hallack e André Pires Oliveira Dias.

#### **Termo de Verificação Fiscal**

Os procedimentos e verificações realizados no curso da ação fiscal, bem como as conclusões que dela resultaram, estão relatados no “Termo de Verificação Fiscal” de fls. 1.293 a 1.343, cuja síntese segue transcrita abaixo:

#### **"DA CARACTERIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA FISCALIZADA**

*A Intercement Brasil S/A (denominação atual da Camargo Corrêa Cimentos S/A*

*– CCC) é uma sociedade anônima que tem por objeto social:*

- *Exploração, aproveitamento de jazidas minerais no território nacional;*
- *Industrialização e comércio de calcários, seus derivados e correlatos, em todas as modalidades, especialmente a do cimento;*
- *Importação e exportação;*
- *Participação em outras sociedades, na qualidade de sócia, quotista ou acionista;*
- *Transporte de carga própria ou de terceiros, necessários ao desempenho de suas atividades;*
- *Industrialização e comércio de insumos, aditivos e componentes do cimento, seus derivados e correlatos, bem como os demais produtos onde figure como matéria-prima, especialmente argamassas, concretos, artefatos e pré-moldados;*
- *Prestação de serviços técnicos;*
- *Produção e comercialização de energia elétrica;*
- *Industrialização e comércio de pedra e areia e*

- Prestação de serviços de co-processamento de resíduos.

### **DESCRIÇÃO DOS FATOS**

No primeiro semestre de 2005, a **Camargo Corrêa S.A. (CCSA)** manteve negociações com um grupo de Vendedores, constituído por pessoas físicas e jurídicas, com o propósito de aquisição do controle da empresa **Loma Negra C.I.A.S.A.**, detido pelas Sras. Maria Amália Sara Lavacro de Fortabat e Maria Inés de Lafuente, Fundação Amália Lacroze de Fortabat, Cocyf Compania Comercial y Financiera S.A. (Cocyf) e pela empresa **Holdtotal S.A.**

Em 27 de maio de 2005 foram constituídas as holdings **Gaby1, Gaby2 e Gaby3** localizadas no Estado de Delaware (EUA) para operacionalizar as negociações e facilitar a transferência dos controles direto da empresa **Holdtotal** e indireto da empresa **Loma Negra**, cuja atividade principal consiste na fabricação e comercialização de cimento, para a empresa **CCSA**.

Em 30 de junho de 2005, ocorreram os seguintes fatos:

**I** – foi celebrado o contrato de Compra e Venda de Ações (“Stock Purchase Agreement”) entre Maria Amália Sara Lacroze de Fortabat e Maria Inés de Lafuente, na qualidade de **Vendedoras** e a empresa **CCSA**, na qualidade de **Compradora**. Esse contrato previa:

a) para os fins das operações previstas neste Contrato, foram constituídas 03 empresas LLC em Delaware, EUA (**Gaby1, Gaby2 e Gaby3**);

b) a doação de todos os “Direitos de Ações Objeto” das vendedoras pessoas físicas para as empresas LLC (**Gaby1 e Gaby2**);

c) a compra de todo o direito, titularidade e participação das vendedoras pessoas físicas em relação as ações das LLC (a “Operação com Direitos de Ação Objeto”) pela compradora;

**II** – as Vendedoras transferiram as ações das empresas **Gaby1, Gaby2 e Gaby3** para o Truste, The Bank of New York;

**III** – a Compradora efetuou o pagamento do preço ajustado para o Truste.

No contexto das negociações de compra e venda das Ações das empresas **Gaby1, Gaby2 e Gaby3**, considerando o valor envolvido, as garantias prestadas e a necessidade de aprovação da operação pelo órgão “Comision de Defensa de la Competencia da Argentina” (CNDC), os contratantes nomearam um Agente Fiduciário (“The Bank of New York”), que ficou incumbido pelo cumprimento das obrigações estipuladas no Contrato de Truste, que se constituíram na transferência das ações das empresas **Gaby1, Gaby2 e Gaby3** para a empresa **CCSA** e do pagamento do preço combinado para as Vendedoras.

Em 09 de novembro de 2005, foi aprovada a transação pelo órgão “Comision de Defensa de la Competencia da Argentina” (CNDC), operando-se o evento condicional a que transação estava sujeita. Assim o Agente Fiduciário (Truste) transferiu as Ações das Empresas **Gaby1, Gaby2 e Gaby3** para a titularidade da compradora **CCSA** e transferiu o valor pago para as Vendedoras.

Em consequência, a empresa **CCSA** passou a controlar diretamente 100% das ações das empresas **Gaby1, Gaby2 e Gaby3** e indiretamente 100% das ações da **Holdtotal S.A.** e 93,43% das ações da **Loma Negra C.I.A.S.A.** e pagou para as **Vendedoras** o montante de **US\$ 775.818.303,00**.

Em 30 de novembro de 2005, a empresa **CCSA** transferiu a titularidade da totalidade das suas ações das empresas **Gaby1, Gaby2 e Gaby3** para sua controlada **CCC**, que atua no mesmo ramo da empresa adquirida indiretamente na Argentina (**Loma Negra C.I.A.S.A.**). Essa transferência ocorreu devido a aprovação de um aumento de capital no valor de **R\$ 1.266.866.528,37**, na empresa **CCC**, aprovado pela Ata da Assembléia Geral Extraordinária da **CCSA**, realizada nessa data e pelo pagamento de uma dívida de aproximadamente **R\$ 440.720.980,00** que a empresa **CCSA** tinha com a empresa

**CAUÊ INVESTMENTS LIMITED**, controlada da empresa **CCC**, que havia sido extinta. Assim, chegou-se a um valor de **R\$ 1.707.587.508,37**.

Os balanços patrimoniais das empresas **Gaby1**, **Gaby2**, **Gaby3** eram compostos apenas das contas de Participações em Investimentos contra Patrimônio Líquido, tanto na data de 30/06/2005, como em 30/11/2005, correspondendo aos valores de **R\$ 102.555.576,00**, **R\$ 29.322.320,00** e **R\$ 4.079.393,00**, respectivamente, totalizando um valor de **R\$ 135.957.289,00**.

Portanto, foi a empresa **CCSA** que comprou as empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3** com um ágio de **R\$ 1.571.630.219,37** e transferiu a titularidade das empresas citadas, acompanhado de o ágio pago para sua controlada **CCC**.

Em 01 de dezembro de 2005, a empresa **CCC** incorporou as empresas **Gaby1**, **Gaby2**, **Gaby3**, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada nesta data, iniciando a amortização do ágio nesse mesmo mês a razão de 01/96 avos, totalizando **R\$ 16.371.148,13** por mês e **R\$ 196.453.777,56** por ano.

Em 07 de dezembro de 2005, foi providenciado o encerramento/cancelamento das empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3**, no Estado de Delaware, nos EUA, tendo em vista que foram extintas pelas incorporações realizadas no Brasil, em 01/12/2005.

#### **QUANTO À AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO**

Levando-se em consideração os fatos anteriormente narrados e relacionados as operações societárias empreendidas, as quais culminaram com a incorporação das empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3** pela **CCC**, lembrando que o presente Termo de Verificação visou apenas e tão somente a verificação das obrigações tributárias originadas na empresa **CCC**, há que se concluir pela ilicitude da diminuição do lucro real e da base de cálculo da **CSLL** desta, por meio da amortização dos encargos de ágio, como será demonstrado a seguir.

Preliminarmente, impende examinar minuciosamente os diplomas legais que dispõem acerca de tal tipo de amortização, bem como analisar se os fatos em comento se subsumem as normas por ela definidas.

A análise dos fatos a seguir conduz inexoravelmente a conclusão de que a **Camargo Correa Cimentos** não preencheu as condições impostas pelo legislador para deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do **IRPJ** e da **CSLL**. Para tanto, é oportuno destacar os dispositivos legais que guardam relação com a situação aqui examinada. Os artigos 7º e 8º da **Lei no 9.532/97** assim dispõem:

[...]

Conquanto os documentos apresentados mencionem que o ágio pago pela **Camargo Corrêa S.A. – CCSA**, teve como fundamento econômico o valor de rentabilidade da empresa **Loma Negra C.I.A.S.A.**, com base em previsão de resultados em exercícios futuros, há que se tecer algumas observações sobre este assunto, levando-se em conta as particulares do negócio.

O exame da legislação tributária correlata ao tema aqui enfrentado denota que a dedutibilidade dos encargos de amortização de ágio para fim de apuração do lucro real e da base de cálculo da **CSLL** cinge-se ao sobrepreço pago que esteja assentado em expectativas de rentabilidade futura. Quaisquer outros fundamentos econômicos que eventualmente tenham alicerçado o ágio pago não autorizam sua amortização para efeito da apuração do lucro real e da base de cálculo da **CSLL**.

Outrossim, é inverossímil que o ágio efetivamente pago pela empresa **CCSA** tivesse como fundamento econômico as expectativas de rentabilidade futura. Como desprezar todo o fundo de comércio da empresa “**Loma Negra**”? Para bem entender o alcance deste conceito, vem a propósito transcrever a definição do “**Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações**” (7ª edição – página 172):

*“O fundo de comércio representa uma gama de fatores, como nome e tradição da empresa no mercado, imagem e qualidade de seus produtos, clientela já formada, qualidade e treinamento de seus funcionários, processos técnicos de fabricação, cartas patentes, licenças etc., todos, por natureza, intangíveis que economicamente podem existir, mas não são registrados na contabilidade como ativos. Assim, para efeitos de fundamentação do ágio, fundo de comércio e intangível, não podem ser considerados duas, mas uma mesma razão.”*

*Apenas para efeito ilustrativo, convém discutir o papel da **Loma Negra** no mercado de cimentos da Argentina, o que certamente influiu no sobrepreço pago pela **CCSA** na compra das empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3**. Em uma época em que verdadeiras “batalhas” no mercado de cimento vinham sendo travadas entre as empresas de modo a aumentar suas participações no mercado, é inegável que a empresa **Loma Negra** é uma das maiores empresas de cimento da Argentina (cerca de 48% do mercado argentino), o que constituía um ativo de grande valor para a empresa que adquirisse seu controle. Neste sentido, é fato inconteste que este ativo influenciou o ágio pago pela **CCSA**, na compra das empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3**.*

*Ademais, é certo que o mercado conquistado pela empresa **Loma Negra** na Argentina constituía um ativo de notável importância para os planos de expansão do conglomerado econômico brasileiro. Decerto, o nome e a marca da **Loma Negra**, igualmente se apresentaram como ativos que influenciaram o ágio pago.*

*Além de tudo, a **Loma Negra** também detinha 80% das ações da **Ferrosur**, empresa que opera as ferrovias de carga, que transportam a produção das principais indústrias da Argentina, inclusive escoando a produção da **Loma Negra** e de suas controladas, o que também constitui um ativo que influenciou o ágio desembolsado.*

*Outro fator que também influenciou o ágio despendido foi o complexo de empresas subsidiárias que a **Holdtotal S.A.** detinha, fora a **Loma Negra**. Dentre elas constam **Betel S.A.**, **Reycomb S.A.**, **Cofesur S.A.**, **Compania Argentina de Cemento Portland S.A.**, **Escofer S.A.**, **Compania de Servicios a La Construcción S.A.**, sociedades anônimas constituídas na cidade de Buenos Aires, **Canteras Del Riachuelo S.A.** (Uruguai) e **Cementos Del Plata S.A.** (Uruguai).*

*Ao sustentar que o ágio pago se fundou em expectativas de rentabilidade futura, o que não representa absolutamente a totalidade do investimento feito, o grupo econômico ilícitamente aspirou ao benefício fiscal de amortizar o ágio pago, a despeito de a legislação vedar tal benesse em relação aquele estribado em outros fundamentos econômicos.*

*Cabe ressaltar, que a empresa **CCC** contratou a empresa **KPMG Corporate Finance Ltd.** para a realização de um “Estudo de valor das empresas **Gaby1 Holding, LLC**, **Gaby2 Holding, LLC** **Gaby3 Holding, LLC**”, realizado apenas em 18/06/2010, após o início da fiscalização do processo n.º 10880.721.862/2010-45, que iniciou a auditoria deste ágio, lapso temporal muito dilatado, da data em que ocorreram as transações e com o objetivo de tentar justificar o fundamento econômico da expectativa de rentabilidade futura, que possibilitava a benesse da amortização do ágio.*

*Isso deixa muito claro que a **CCSA**, ao concretizar o negócio, não tinha em mãos informações abalizadas sobre a expectativa de rentabilidade futura do investimento. Ora, se essa motivação não existia, posto que não provada, o mote da transação só poderia recair sobre o fundo de comércio representado pelo conjunto de empresas adquiridas do grupo argentino.*

*Além disso, a empresa contratada querer eximir-se de qualquer responsabilidade quanto a uma nova avaliação econômico-financeira na empresa **Loma Negra**, deixa claro que o objetivo do estudo não era verossímil, é o que se deduz do trecho do dito relatório reproduzido abaixo:*

*“...que o escopo do trabalho não incluiu a elaboração de nova avaliação econômico-financeira da **Loma Negra**, assim como das Empresas, mas apenas a **formalização** do estudo de rentabilidade futura feito quando da Transação. Nesse sentido não somos*

*responsáveis pelas premissas de projeções do estudo de rentabilidade futura da Loma Negra.” (grifo nosso)*

*(pag. 5, paragrafo 3o do Estudo de Valor das empresas Gaby1 Holding, LLC, Gaby2 Holding, LLC Gaby3 Holding, LLC, realizado pela KPMG Corporate Finance Ltd.)*

*Demonstraremos a seguir que as demais condições legalmente impostas também não foram cumpridas para a dedutibilidade dos encargos de amortização do suposto ágio.*

*Na situação posta, as operações societárias engendradas pelo grupo econômico **Camargo Corrêa** tiveram como objetivo aproveitar-se da amortização do ágio pago pela empresa **CCSA** e gerado quando da aquisição das ações das empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3** (concretizadas em 09/11/2005) e transferidas para a empresa fiscalizada, em 30/11/2005 e no dia seguinte, incorporadas. E o ponto de partida para tal apropriação do ágio na empresa fiscalizada deu-se com o aumento de capital na empresa **CCC**, ocorrido em 30/11/2005, com a transferência das ações das empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3** e pelo pagamento de uma dívida, que a empresa **CCSA** tinha com **CAUÊ INVESTMENTS LIMITED**, empresa controlada pela **CCC**, que com sua extinção, “herdou” esse direito pelo instituto da sub-rogação (art. 347, inciso I, do Código Civil).*

**Conclui-se, por conseguinte, que o ágio inicialmente pago pela empresa CCSA foi transferido indevidamente para a empresa fiscalizada.**

*Ora, o ágio foi efetivamente pago pela empresa **CCSA** e não pela sua controlada **CCC**. Portanto, o ativo (ágio) decorrente da aquisição de ações haveria de ser contabilizado na empresa **CCSA** adquirente das ações das empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3** e não na sua controlada **CCC**, que recebeu as ações. As operações societárias desencadeadas após a aquisição das ações das “**Gaby’s**” lastrearam-se nessa transferência do ágio pago pela empresa **CCSA** para a empresa **CCC**.*

*As condições de dedutibilidade de encargos de amortização de ágio previstas no Artigo 386 do **RIR/99** tem como pressuposto uma anterior contabilização do custo de aquisição do investimento, nos termos do Artigo 385 também do **RIR/99**.*

*Cabe aqui investigar o momento exato em que é aplicada a norma prevista no art. 385 do **RIR/99**, cujo “caput” assevera:*

*[...]*

*Resta incontestável, portanto, que o previsto no Artigo 385 do **RIR/99** não é aplicável a **Camargo Corrêa Cimentos - CCC**, pois a empresa fiscalizada **não comprou** as empresas “**Gaby’s**”, que foram usadas para a conferência de bens na subscrição das suas ações. As ações das “**Gaby’s**” foram consideradas pelo seu valor “cheio”, isto é, pelo seu valor de patrimônio líquido mais o ágio que foi pago quando de sua aquisição pela empresa **CCSA**, ou seja, a **CCC** não pagou sequer um centavo a mais por essas ações..*

*É a **CCSA** a empresa que atende e, por conseguinte, pode usufruir das disposições contidas nos Artigos 385 e 386 do **RIR/99**.*

*As maiores provas de que não aconteceram as condições para que a **CCC** pudesse amortizar o ágio são o fato de ela não ter despendido qualquer valor do seu ativo para pagar as ações das “**Gaby’s**” e, mais ainda, o fato de a **CCSA** não ter apurado ganho de capital na transação de conferência de bens.*

*Ainda mais, a **CCC** sequer tinha em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio em discussão. Vide **DIPJ ND XXXXXXXX** (cópia da ficha 45A – Ativo em anexo)*

### **DOS PAGAMENTOS EFETUADOS PELA CONTROLADORA CCSA DURANTE OS ANOS DE 2006 A 2013**

*Se mais não fosse, há ainda a questão dos pagamentos que foram feitos posteriormente às operações societárias dos dias 30/11/2005 e 01/12/2005.*

*Em diligência efetuada junto a controladora do Fiscalizado, a CCSA, por intermédio do MPF-D 0818500.2017.00089, solicitamos que a CCSA comprovasse o pagamento das parcelas que venceram em 30/06/2006; 02/07/2007; 30/06/2008; 30/06/2009 e 30/06/2010 conforme o item 1.4 do “Stock Purchase Agreement” e a carta enviada ao BACEN em 21/11/2005.*

*Em resposta enviada a esta Fiscalização em 13/06/2017 a CCSA apresenta os valores pagos, as datas de pagamento, os lançamentos contábeis e os respectivos contratos de câmbio com datas compreendidas entre o período de 09/06/2006 a 13/06/2013, comprovando o pagamento das parcelas restantes do preço estipulado no “Stock Purchase Agreement”. A tabela abaixo, constante da missiva enviada pela CCSA, resume estas informações:*

[...]

*Isso significa que, além do ágio da transação entre a CCSA e as vendedoras argentinas ter sido transferido irregularmente para a CCC, ele sequer havia sido pago em sua totalidade.*

*A CCSA conseguiu usufruir de um resultado da sua controlada CCC com uma considerável redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL sem que tivesse sequer despendido a totalidade do valor que começava a ser amortizado pela sua controlada.*

*Em sendo indiscutível a inaplicabilidade da norma contida no Artigo 385, § 2º, inciso II, do RIR/99 a operação que deu origem ao ágio pago na aquisição das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, também é de cristalina certeza a não subsunção dos fatos correspondentes às operações societárias subsequentes (incorporação) a norma prevista no Artigo 386, inciso III do RIR/99, uma vez que a incidência daquela constitui pressuposto para a dedutibilidade autorizada por esta (atendidas as demais condições por ela impostas).*

*Por conseguinte, a despeito da tentativa da empresa CCSA de transferir para sua controlada CCC o ágio pago, a legislação não autoriza que tal ágio seja aqui transferido, no momento posterior à aquisição da participação, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da empresa CCC.*

*Nesse mesmo sentido, manifestou-se o CARF, em 14/03/12, no Acórdão n.º 130200.834, emanado pela 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, referente ao processo no 10880.721862/2010-45 (tratou da mesma matéria na empresa fiscalizada, no ano-calendário de 2005):*

[...]

*Dessa maneira, a Intercement Brasil S/A será autuada pela amortização indevida do ágio.”*

*Na sequência a fiscalização apresenta a base legal e tece argumentos que justificam o lançamento da multa isolada bem como da multa qualificada:*

#### **DA MULTA ISOLADA E DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO**

##### **Multa Isolada por insuficiência de pagamento na estimativa do IRPJ/CSLL**

[...]

*A lei 9.430/96, com a redação dada pela lei 11.488/07, visou claramente o estabelecimento de duas multas distintas, com finalidades igualmente distintas: uma penalidade pela **redução indevida do tributo** outra, pelo **não recolhimento da antecipação**. Essas duas penalidades decorrem de duas obrigações distintas, a **obrigação de pagar o tributo** e a **obrigação de antecipar**. São os incisos I e II do artigo 44.*

*A multa de 75% visa penalizar a **redução indevida do tributo**. Aqui se quer proteger a **obrigação de pagar o tributo**.*

*A multa isolada de 50% sobre a estimativa visa penalizar a **não antecipação**.*

Por óbvio, esta multa visa tutelar a antecipação mensal do tributo, a **obrigação de antecipar**.

A **obrigação de pagar o tributo** refere-se a obrigação contraída pelo contribuinte por força da prática do fato gerador. A **obrigação de antecipar** refere-se ao pagamento desse tributo nos prazos legais devidos. As hipóteses do inciso II, “a” e “b”, reforçam esse caráter, ao definir que mesmo sem tributo devido, são devidos os pagamentos mensais.

E isso é claro pois há dois bens diversos, independentes, a serem tutelados. O **primeiro bem**, a própria essência da exigência estatal, o **Crédito Tributário devido** por quem praticou o fato gerador. O **segundo**, o momento em que deve haver a satisfação desse pagamento, o período devido para esse pagamento, a **antecipação legal**, ainda que por adiantamento.

**Crédito Tributário e Antecipação legal** são dois conceitos intimamente ligados, mas diversos. Cada um deles demanda uma proteção diferente sob o risco de, em não havendo sanção efetiva, haver um incentivo aos contribuintes para que não cumpram um ou outro, neste caso principalmente o adimplemento, que é o bem protegido pela multa isolada.

[...]

Assim, o Contribuinte, ao amortizar mensalmente, de maneira indevida, o valor de **R\$ 16.371.148,13**, referente ao ágio transferido pela **CCSA** incorreu no descumprimento dos preceitos do Artigo 230 do RIR/99.

O valor da multa isolada foi apurado em planilha anexa a este Termo.

#### **QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO**

[...]

Várias considerações tem sido tecidas a respeito das condutas dos contribuintes e se elas se subsumem aos ditames dos Artigos 71; 72 e 73 da Lei no 4.502/64. Nas linhas abaixo reproduzimos algumas delas:

[...]

O fato da contribuinte atender às intimações do fisco e realizar seus negócios jurídicos em observância à legislação societária **não são suficientes para afastar o caráter doloso** de sua conduta, porquanto **o dolo não é sinônimo de má-fé**;

A subsunção dos fatos à conduta tipificada no art. 71, inciso I da Lei nº 4.502/1964 prescinde de qualquer verificação de cunho subjetivo (psicológico/estado anímico do agente);

Para tipificar a conduta como **sonegação** é suficiente a caracterização do **dolo (teoria penal)**;

Nos casos de realização das hipóteses de sonegação, fraude e conluio, **o legislador tributário admitiu estar presente o intuito de fraude**;

Ao definir sonegação, fraude e conluio como ações/omissões dolosas, **deixa implícito o elemento subjetivo (dolo)**, em que o agente realiza a conduta com vontade (intuito) de fraudar o fisco;

Provada a **ação dolosa tendente a ocultar do fisco a ocorrência do fato gerador do imposto**, resta também caracterizado **o intuito de fraude, exigido para a aplicação da multa qualificada**.

[...]

Depois de cotejar as considerações transcritas acima com a descrição dos fatos narrados até aqui, o que mais chama a atenção é o fato de a **CCSA** e a **CCC** terem tido, desde o princípio, a clara intenção de verter o ágio pago pela **CCSA** na aquisição das empresas argentinas para o **Fiscalizado**, uma vez que ela, **CCSA**, não tinha resultados relevantes da sua própria atividade.

*Fica claro que o intuito do repasse foi reduzir os resultados operacionais do **Fiscalizado**, que paga tributos diretamente pela sua atividade, ao passo que a sua controladora se nutre dos valores que a ela convergem pelo **MEP**.*

*Como se sabe, os resultados obtidos por esse método não compõem os cálculos que levam a obtenção do Lucro Real e da base de cálculo da **CSLL**.*

*A controladora e o **Fiscalizado** tinham a perfeita noção do que faziam e tinham a plena consciência dos resultados que obteriam com os atos que executaram. Também sabiam, com certeza, o posicionamento que a Receita Federal tinha e tem a respeito desse tipo de planejamento.*

*A **CCSA** e a **CCC** sabiam o que faziam, sabiam que o conseguiriam e assumiram os riscos dessa conduta por conta desses ganhos que esperavam conseguir.*

*O **Fiscalizado** e a sua controladora tentaram, mediante as operações societárias intragrupo engendradas em 2005, fazer com que a **CCC** pudesse usufruir da amortização do ágio surgido durante a transação com o grupo de vendedores argentinos. Porém, o **Fiscalizado** não atendia as condições previstas em lei para a fruição desse benelplácito. Esse ilícito de conduta interferiu, **intencionalmente**, na ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, com a **finalidade** de reduzir o montante do tributo devido.*

*A conduta adotada pela **CCC**, assim, se enquadra no disposto no Artigo 72, da Lei no 4.502/64 e justifica a duplicação da multa de ofício nos termos do § 1º, do Artigo 44 da Lei no 9.430/96.*

*Afinal, conseguir aumentar o estoque de “**Aplicações em Despesas Amortizáveis**” - **Ficha 45A – Ativo (DIPJ ND 1349337)** de **R\$ 298.415.907,64** para **R\$ 1.870.046.127,01** e, com isso, poder reduzir os resultados da fiscalizada em **R\$ 196.453.777,00** ao ano, durante oito anos, é motivação mais do que suficiente para assumir certos riscos.”*

Por fim justifica a solidariedade Passiva da seguinte forma:

#### **"SOLIDARIEDADE PASSIVA**

*Por último, cumpre informar que os contribuintes **PF** integrantes do Conselho de Administração e o Diretor-superintendente do **Fiscalizado** a data das operações societárias ocorridas em 30/11/2005 e 01/12/2005 e a data da ocorrência dos fatos geradores do presente Auto de Infração serão considerados como Responsáveis Tributários Solidários.*

*Os primeiros, por terem tomado parte de toda a engenharia societária que resultou na possibilidade da amortização do ágio nos resultados do **Fiscalizado**.*

*Os segundos, por continuarem amortizando o ágio no exercício de seus cargos durante o período fiscalizado.”*

#### **Impugnação - Contribuinte**

A contribuinte foi cientificada do lançamento em 08/12/2017 (fl. 1.360) e apresentou impugnação em 28/12/2017 (fls. 1.381 a 1.508), alegando em síntese e fundamentalmente, o seguinte:

- preliminarmente, alega ter ocorrido a indevida alteração no critério jurídico por parte da fiscalização, em afronta ao disposto no art. 146 do CTN;
- informa que existem outros autos de infração lavrados para a cobrança do crédito tributário devido em razão da suposta dedução indevida da despesa com amortização do ágio:

Processo administrativo	Períodos autuados
10880.721862/2012-45 (MPF 0817100.2009.00239)	2005
16643.720027/2011-58 (MPF 0817100.2009.00239)	2006 e 2007
10880.720246/2013-10 (MPF 0818500.2011.00342)	2008
16561.720065/2013-82 (MPF 0819000.2012.00659)	2009
16561.720179/2014-11 (MPF 0818500.2014.00027)	2010
16561.720241/2016-29 (MPF 0818500.2015.00053)	2011

- que com exceção às duas primeiras autuações e à última, formalizadas há mais de cinco anos, não houve a qualificação da multa de ofício nos demais;
- nos últimos anos, com exceção à última autuação, a fiscalização ao analisar a mesma realidade fática que a presente, não verificou motivos para a exasperação da multa de ofício;
- contudo, de maneira surpreendente e contraditória, ao fundamentar os autos de infração originários do processo administrativo n.º 16561.720241/2016-29 (multa já afastada pela DRJ) e também os ora combatidos, a Fiscalização adotou, para os mesmos fatos e fundamentos, critérios jurídicos totalmente diversos daqueles utilizados para lavrar os autos de infração que abrangem o período de 2008 a 2010;
- que o procedimento adotado pelo Sr. Agente Fiscal, ao qualificar a multa de ofício, mostra-se inaceitável, uma vez que se encontra eivado de ilegalidade;
- que é defeso à Autoridade administrativa alterar os critérios jurídicos consubstanciados nos lançamentos de ofício, para um mesmo sujeito passivo, com relação a fatos geradores já ocorridos, nos estritos termos do que dispõe o artigo 146 do CTN;
- de acordo com o citado artigo, a alteração do posicionamento jurídico da autoridade Fiscal deve abarcar somente fatos geradores posteriores ao novo entendimento;
- que o Sr. Agente Fiscal procedeu a uma nova valoração e interpretação jurídica sobre fatos que já eram de conhecimento da Fiscalização, traindo de forma contundente a segurança jurídica, assim como a confiança da impugnante, motivo pelo qual solicita a nulidade dos autos de infração ora combatidos;
- quanto ao mérito, após breve resumo das operações societárias relacionadas no presente caso, informa que para que a CCSA adquirisse a empresa Loma Negra, foi necessário adquirir as sociedades Gaby's, que detinham o controle daquela;
- a CCSA, precisando da avaliação das empresas americanas, contratou, para tanto, o Banco Goldman Sachs (doc. 7) e adquiriu tais empresas tomando como base o estudo de avaliação realizado pelo referido Banco, o qual foi posteriormente ratificado pelo laudo elaborado pela KPMG (doc. 8);
- que a CCSA também realizou estudo de valor dessas empresas, o qual está espelhado em planilhas que foram entregues durante a auditoria fiscal dos outros procedimentos fiscais e que são ora apresentados (doc. 9);
- na citada operação de aquisição verificou-se a geração de um ágio, já que os valores de patrimônio líquido das empresas americanas eram inferiores ao que foi pago pela CCSA;
- que o ágio, que teve como fundamento o estudo de expectativa de rentabilidade futura realizado pelo Banco Goldman Sachs e posteriormente ratificado por Laudo de Avaliação elaborado pela KPMG, foi regularmente contabilizado pela CCSA;
- em seguida, com a aquisição dessa participação pela Impugnante, decorrente das operações de aumento de capital e pagamento de dívida promovidos pela CCSA, tanto o investimento nas Gaby's, quanto o ágio pago na aquisição, passaram aos registros contábeis da Impugnante (nos mesmos valores que estavam registrados pela CCSA);
- após realizar a incorporação das supracitadas sociedades americanas, a Impugnante iniciou a dedução das despesas decorrentes da amortização do ágio contabilizado;

- que a autoridade fiscal glosou as despesas decorrentes da amortização do ágio, por entender que esta (i) não teria como fundamento a expectativa de rentabilidade futura, mas sim o valor do fundo de comércio adquirido, bem como outros ativos intangíveis, (ii) parcela do custo de aquisição suportado pela CCSA seria referente a pagamentos feitos entre os anos de 2006 e 2013; (iii) o laudo de avaliação que avalizou a sua expectativa de rentabilidade futura teria sido elaborado somente após a aquisição; e (iv) teria sido transferido indevidamente à Impugnante, na medida em que não teria sido decorrente de uma aquisição realizada por ela, mas sim pela CCSA;
- antes de argumentar contra os itens que levaram a glosa das despesas por parte da Fiscalização, alega que o autor do feito não poderia questionar a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, que surgiu em 2005, eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre o (i) fato que propiciou o seu surgimento e a (ii) ciência pela impugnante dos autos de infração em questão (08/12/2017);
- quanto aos motivos da glosa, informa que o critério de amortização dessas despesas operacionais e sua dedutibilidade para fins tributários, dependerá do fundamento econômico para o pagamento dessa diferença, respaldado em documento comprobatório;
- que segundo o §2º do artigo 20 do DL n.º 1.598/77, posteriormente reproduzido pelo artigo 385 do RIR/99, o lançamento do ágio deverá indicar algum dos seguintes fundamentos econômicos: (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; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões;
- que tal dispositivo legal não estabelece a obrigatoriedade de consideração de todos os critérios mencionados, mas ao menos um "dentre" eles;
- também não há uma ordem lógica ou pressuposta para a atribuição destes fundamentos, pois o fundamento econômico para o pagamento de ágio em uma aquisição de bens é critério de decisão único e exclusivo do adquirente, tratando-se de prerrogativa negocial que é própria da livre iniciativa das partes na determinação do preço ativo, que não pode ser oposta pela Fiscalização;
- discorre brevemente sobre cada um dos fundamentos econômicos destacados no §2º do art. 385 do RIR, a fim de demonstrar o equivocado entendimento da Autoridade Fiscal ao pretender deslocar o fundamento econômico do ágio de expectativa de rentabilidade futura (atribuído pela Impugnante), para fundo de comércio e outros intangíveis;
- que no presente caso é incontestável que o ágio pago está respaldado na expectativa de rentabilidade futura, a qual foi devidamente demonstrada pela avaliação feita pelo Banco Goldman Sachs e posteriormente ratificada pela KPMG;
- que tais avaliações e estudos não foram desqualificados pela Autoridade Fiscal;
- que o ágio ora debatido não se fundamenta somente no laudo de avaliação elaborado pela KPMG, como parece crer a Autoridade Fiscal; está respaldado em estudo econômico realizado pelo Banco Goldman Sachs e estudos internos realizados pelo Grupo da Impugnante, os quais foram elaborados antes da aquisição das Gaby's e foram apenas ratificados posteriormente pelo citado laudo de avaliação elaborado pela KPMG;
- que apesar da Fiscalização saber que existiam outras demonstrações que fundamentavam o ágio ora debatido, preferiu se referir apenas ao único documento elaborado após a aquisição da Gaby's, isto é, o laudo de avaliação da KPMG, o qual só serviu para ratificar o exposto nos estudos elaborados anteriormente;
- que de acordo com o disposto no parágrafo 3º do art. 385 do RIR/99, o ágio fundamentado nos incisos I e II deve estar respaldado em "*demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração*";

- como tal dispositivo não foi regulamentado por qualquer outro dispositivo, resta claro que qualquer "demonstração" seria suficiente à comprovação do fundamento econômico adotado, entre eles o da rentabilidade futura da coligada/controlada;
- a norma legal não exige qualquer requisito para a validade do estudo da rentabilidade futura. Não há formalidade a ser cumprida pelos contribuintes para que possam se valer da dedutibilidade;
- que qualquer que seja o fundamento do ágio adotado pelo contribuinte, que deve sempre espelhar o real motivo que o conduziu ao pagamento daquele ágio, compete-lhe guardar a documentação que deu suporte àquela fundamentação, o que foi feito por meio dos estudos elaborados por instituição financeira especializada e pelo grupo da Impugnante, os quais foram ratificados por laudo de empresa de auditoria independente;
- tece argumentos no sentido de que para justificar o fundamento econômico de um ágio pelo fundo de comércio ou intangíveis da controlada ou coligada adquirida, cumpre ao contribuinte, admitindo que o critério de fundamentação econômica do ágio eleito pela Autoridade Fiscal esteja correto, individualizar e valorar, por meio de estudo próprio, cada um dos bens que compõe aquele fundo de comércio e intangíveis;
- que dos estudos elaborados por instituição financeira especializada e pelo próprio grupo da Impugnante, no presente caso, o ágio foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura atribuído às sociedades empresárias adquiridas como um todo;
- que não se mensurou com base na expectativa de rentabilidade futura, cada um dos bens que formariam o fundo de comércio e os intangíveis, identificando-os para, assim, atribuir-lhes um valor (de forma individualizada);
- que sob o ponto de vista contábil, equivocou-se o legislador do Decreto n.º 1.598/77 ao mencionar fundo de comércio na alínea "c" (inciso III do §2º do artigo 385 do RIR/99) e expectativa de rentabilidade futura na alínea "b" (inciso II do §2º do artigo 385 do RIR/99), já que acabou por mencionar o mesmo instituto contábil duas vezes;
- outrossim, que em momento algum foi feita qualquer prova, pela Fiscalização, de que o ágio em análise englobaria algum valor correspondente ao fundo de comércio ou intangíveis adquiridos, tampouco qual seria a parcela desse montante que comporia o total do preço de aquisição;
- com relação à transferência da participação adquirida com ágio à título de aumento de capital e pagamento de dívida, alega que analisando-se cada um dos artigos do Decreto n.º 1.598/77, reproduzidos nos artigos 385 e seguintes do RIR/99, não se encontra qualquer vedação ou mesmo qualquer determinação em sentido diverso do que foi realizado pela CCSA ao transferir a participação das empresas Gaby's, acompanhada do respectivo ágio gerado na aquisição dessas empresas à Impugnante;
- que se essa transferência das participações não é vedada e estas foram adquiridas com ágio, há que se reconhecer a aplicação do artigo 385 e seguintes do RIR/99 na transferência desse último à Impugnante, pois no ordenamento jurídico pátrio, apenas a Administração Pública está sujeita ao Princípio da Legalidade Estrita, tendo suas ações limitadas somente àquilo que está previsto em lei;
- para os contribuintes a regra é que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*;
- que o fato de não existir lei que autoriza expressamente a transferência do ágio não significa que isto seja vedado, porém, o fato de não haver lei que proíba tal operação representa, sim, a possibilidade de sua implementação;
- o ágio transferido à impugnante teve como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura na aquisição da participação nas empresas Gaby's;
- se a participação nessas empresas, cuja expectativa de rentabilidade futura sustentou o ágio, foi transferida, é razoável que o ágio acompanhe essa participação;

- o ágio somente existe em função do ativo que é a ele subjacente. trata-se de um acessório (ágio) que necessariamente deve seguir o principal (investimento). A sua amortização decorre do fundamento econômico a ele subjacente;
- *ad argumentandum* e apenas e tão somente para fins de debate, alega que a integralização de capital na Impugnante dá ensejo ao nascimento de um novo ágio, o qual também preenche todos os requisitos de validade e sua amortização fiscal é plenamente legítima;
- quanto a questão de que no momento da integralização do aumento do capital da Impugnante, não havia sido integralmente pago pela CCSA, apesar do Sr. Agente Fiscal não explicar como isso impactaria a legitimidade da amortização fiscal do ágio por parte da impugnante, o que caracteriza um evidente cerceamento do direito de defesa, imagina-se que a Fiscalização teria buscado sustentar que os valores pagos pela CCSA após o evento de incorporação não poderia ter sido considerados no custo de aquisição das ações das Gaby's, para fins de apuração do ágio;
- que o custo de aquisição de um ativo é equivalente ao sacrifício patrimonial suportado por uma entidade para adquirir determinado bem ou direito, desse modo, é evidente que o custo de aquisição comporta tanto a redução de um direito/ativo quanto da assunção de uma obrigação/passivo;
- nesse contexto, não deve haver dúvidas de que o custo de aquisição suportado pela CCSA contempla tanto o valor das contraprestações referentes à (i) entrega de direitos/ativos, quanto (ii) a obrigação/passivo assumido em decorrência do já mencionado Contrato de compra e Venda de ações, o qual, conforme reconhecido pelo próprio Agente Fiscal, foi quitado durante os anos de 2006 e 2013;
- quanto ao fato de a fiscalização ter adicionado à base de cálculo da CSLL os valores relativos à amortização do ágio, alega falta de previsão legal que autorize tal conduta;
- que o legislador ao determinar a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva (*numerus clausus*), fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2º e §§, da Lei nº 7.689/88) não elencou, como hipótese de adição ao lucro líquido, a amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial;
- Com relação à multa qualificada, alega que em momento algum a Autoridade Fiscal comprovou a prática de qualquer conduta dolosa pelas partes do referido negócio, mencionando apenas a suposta existência de intuito na redução dos resultados tributáveis através do aproveitamento do ágio em questão;
- que restou evidente na presente defesa que a operação foi realizada entre partes não relacionadas, com efetivo pagamento do preço e sustentado em laudo de rentabilidade futura, tendo a Impugnante o pleno direito à dedutibilidade da amortização do ágio;
- aduz que prestou informações e forneceu documentos à Fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal; registrou e arquivou todos os atos societários nas respectivas Juntas Comerciais; e diligenciou para conferir maior transparência nas informações referentes à operação;
- assim, não tendo sido comprovada qualquer prática dolosa no presente caso, conclui-se que não houve fraude, sonegação ou conluio, fatores necessários à imposição da multa qualificada;
- que a multa qualificada em percentual de 150%, cumulada com a multa isolada, tem caráter confiscatório não devendo prevalecer, conforme entendimento do plenário do STF;
- quanto a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais, alega que somente poderia ser exigida caso o Fisco verificasse tal falta ou insuficiência de recolhimento antes do término do ano-base;
- como os autos de infração foram lavrados após o encerramento do ano-base de 2012, eventuais insuficiências não mais poderiam ser punidas pela exigência da multa isolada;

- outrossim, ainda que fosse possível lançar após o encerramento do ano-base, não poderia haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade;
- que analisando os autos de infração, verifica-se que há cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício;
- ressalta que o Conselho já pacificou o entendimento nesse exato sentido, culminando na aprovação da Súmula CARF n.º 105;
- por fim, discorda da cobrança de juros sobre a multa de ofício, por ausência de previsão legal;
- que o artigo 13 da lei n.º 9.065/95, que prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa SELIC, remete ao art. 84 da lei n.º 8.981/95, que por sua vez estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos;

Ao longo de sua peça impugnatória, citou doutrina, julgados administrativos e judiciais que aduz corroborar as alegações acima.

#### **Impugnação - Responsáveis Solidários**

Com exceção dos responsáveis solidários, Luiz Roberto Ortiz Nascimento, que foi cientificado do lançamento em 22/12/2017 e Carlos Pires Oliveira Dias que foi considerado cientificado por edital no dia 05/01/2018, os demais responsáveis solidários foram cientificados entre os dias 08 e 12/12/2017 (fls. 1.361 a 1.379), e ambos apresentaram impugnações, individualmente, entre os dias 28 e 29/12/2017 (fls. 2.390 a 4.232), basicamente com os mesmos argumentos, alegando em síntese e fundamentalmente, o seguinte:

- preliminarmente, alegam ter ocorrido a indevida alteração no critério jurídico por parte da fiscalização, em afronta ao disposto no art. 146 do CTN citando os mesmos argumentos contidos na impugnação apresentada pela Intercement;
- ainda em sede de preliminar, informa que os autos de infração devem ser anulados pois a autoridade fiscal não teria indicado o dispositivo legal e a motivação que fundamentaria a atribuição de responsabilidade aos impugnantes;
- que não se pode imputar responsabilidade a alguém apenas em função do cargo por ela ocupado;
- no mérito, aduz sobre a impossibilidade de coexistência, em um mesmo processo administrativo, de lançamento do crédito tributário em face da pessoa jurídica e de terceiros supostamente pessoalmente responsáveis, com fundamento no artigo 135 do CTN;
- alegam também que em nenhum momento a autoridade fiscal demonstrou no TVF os atos que teriam sido praticados com dolo ou excesso de poderes ao estatuto ou contrato social, pelos impugnantes;
- ante a inexistência de sonegação, fraude e conluio, alegam a impossibilidade de aplicação da multa qualificada;
- que ainda que o crédito em questão fosse devido e passível de ser exigível dos impugnantes na qualidade de responsáveis solidários, o que se alega apenas para argumentar, solicitam o afastamento da multa qualificada aos impugnantes;
- que a multa qualificada tem nítido caráter confiscatório;
- que, caso reste inequívoca a presença da dúvida, requer-se que esta E. Turma Julgado reconheça, ao menos, que não será possível manter a multa de ofício exigida dos Impugnantes na qualidade de responsáveis solidários;

É o relatório.

Naquela oportunidade, a r. turma julgadora entendeu pela parcial procedência das Impugnações apresentadas, conforme sintetizado pela seguinte Ementa:

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2012

**AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.**

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais, incabível cogitar-se na nulidade do Auto de Infração.

**DECADÊNCIA. ANÁLISE DE FATOS OCORRIDOS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. NATUREZA PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE.**

A análise da formação do ágio tem natureza de prova, a qual pode ser idoneamente carreada aos autos, independentemente da data de sua criação, ou da data do fato a que ele se reporte, estando sujeita à livre apreciação pelo fisco, que pode, com base nela, efetuar o lançamento, desde que o fato gerador esteja dentro do prazo decadencial.

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.**

Nos termos do art. 135, III do CTN, a sujeição passiva solidária exige indicação de ato de infração à lei ou ao contrato social, acompanhada de provas que demonstrem de forma inequívoca a atuação pessoal do sujeito responsabilizado ao referido ato.

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.**

Inexistindo nos autos elementos de convicção que possam servir de suporte para a exasperação da multa aplicada, há que se reduzir o percentual correspondente.

**MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS.**

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

**MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA.**

O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, prevê as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos). Não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº.9.430, de 1996, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

**JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.**

Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora, a partir de seu vencimento.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2012

**ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.**

Em virtude da absoluta ausência de previsão legal, o ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação dívida.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

Ano-calendário: 2012

**CSLL. BASE DE CÁLCULO. GLOSA DE ÁGIO. CABIMENTO.**

É cabível, em relação à CSLL, a glosa das despesas de amortização de ágio, tendo em vista a aplicabilidade à CSLL das mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor.

**CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ espalha seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformado, o contribuinte apresentou, tempestivamente, recurso voluntário, pedindo ao final, deferimento do seu pleito. Foi também apresentado Recurso de Ofício.

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

### **DA ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO:**

O recurso apresentado é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972. Portanto, deles conheço.

#### **Dos Fatos**

O presente Auto de Infração exige valores de IRPJ e CSLL, no montante de R\$ 227.089.236,71, no ano-calendário de 2012, em razão das seguintes constatações:

- i) Amortização de ágio indevida;
- ii) Falta de recolhimento de IRPJ/CSLL sobre a base de cálculo estimada.

Foram considerados Responsáveis Solidários por excesso de poderes, infração de lei, Contrato Social ou Estatuto, os Srs. Ricardo Fonseca de Mendonça Lima, José Edison Barros Franco, Carlos Pires Oliveira Dias, Luiz Roberto Ortiz Nascimento, Raphael Antonio Nogueira de Freitas, Carlos Antonio Rossi Rosa, Flavia Buarque de Almeida, Marcelo Pereira Malta de Araújo, Albrecht Curt Reuter Domenech, Vitor Sarquis Hallack e André Pires Oliveira Dias. Foi imputada a multa qualificada de 150%.

Devidamente cientificada da lavratura dos Autos de Infração, a autuada apresentou Impugnação, a qual foi julgada parcialmente procedente pela 4ª Turma da DRJ, que cancelou a qualificação da multa de ofício, a qual passou ao patamar de 75%, afastando-se, conseqüentemente, as responsabilidades solidárias imputadas.

Inconformada, apresentou Recurso Voluntário, renovando suas alegações iniciais, em defesa do procedimento que resultou na amortização do ágio. Foi também interposto Recurso de Ofício.

### **Das Operações e Alterações Societárias e da Geração do Ágio**

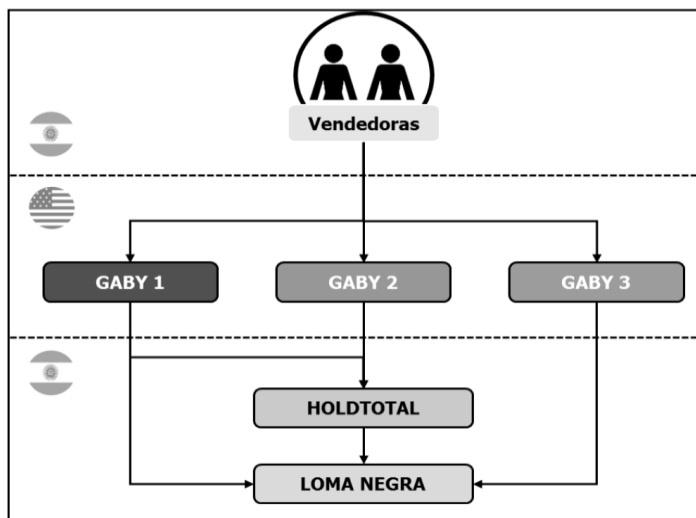
No primeiro semestre de 2005, a Camargo Corrêa S/A (CCSA) manteve negociações com um grupo de vendedores, constituídos por pessoas físicas e jurídicas, com o propósito de adquirir o controle da empresa Loma Negra, que é uma empresa do ramo de

indústria de cimentos e está sediada na Argentina, mesmo país em que eram residentes os vendedores.

Em 27 de maio de 2005, estes vendedores resolveram constituir três empresas nos EUA, quais sejam, Gaby1 Holding LLC (Gaby1), Gaby2 Holding LLC (Gaby2) e Gaby3 Holding LLC (Gaby3).

Em 30 de junho de 2005, foi celebrado o Contrato de Compra e Venda de Ações, entre Maria Amália Sara Lacroze de Fortbat/Maria Inês de Lafuente, na qualidade de Vendedoras, e a empresa CCSA, na qualidade de Compradora. Na mesma data, as vendedoras transferiram as participações detidas por elas nas empresas Holdtotal S/A (Holdtotal) e Loma Negra, para as três sociedades recém constituídas.

Após, assim ficou a estrutura a ser adquirida pela CCSA:



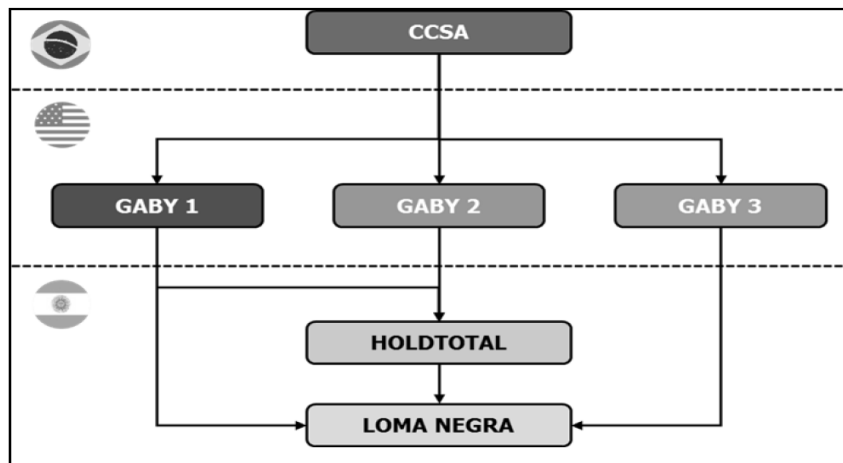
Observe-se que a Holdtotal era detentora de participação na empresa Loma Negra, então, essa participação também seria adquirida.

Partindo-se da mencionada estruturação, a CCSA assinou o citado Contrato de Compra e Venda de Ações, e deu continuidade à operação de aquisição da empresa Loma Negra, o que implicava, repita-se, na aquisição das três empresas sediadas nos Estados Unidos.

Destaque-se que a CCSA, precisando da avaliação das empresas americanas, contratou, para tanto, o Banco Goldman Sachs e adquiriu tais empresas tomando como base o estudo de avaliação realizado pelo referido Banco. Posteriormente, estes estudos foram ratificados pelo laudo elaborado pela KPMG.

Destaque-se também que, tendo em vista o valor envolvido e necessidade de aprovação da operação pelo órgão de controle de concorrência argentino (Comissão Nacional de Defesa de Concorrência), o pagamento e a transferência das participações foi intermediado pelo *The Bank of New York*, um *Trustee* (significa administrador em Português), conforme se verifica no próprio Contrato de Compra e Venda de Ações.

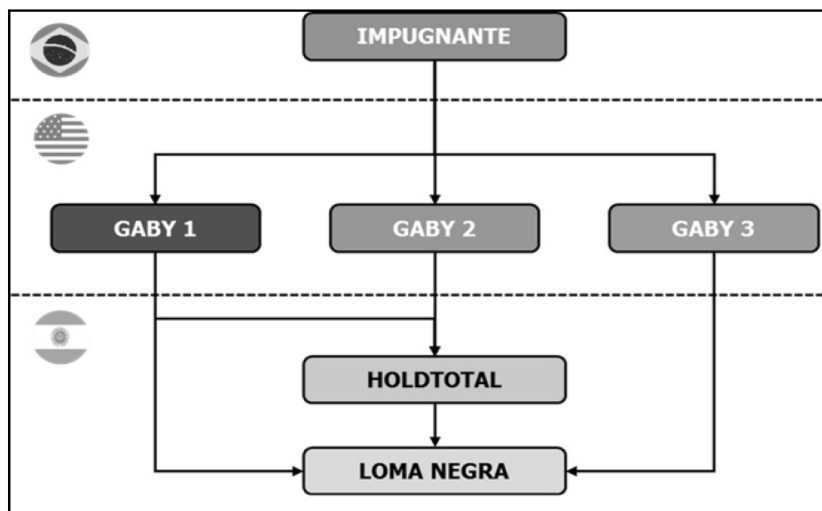
Após a aprovação pelo citado órgão, o *Trustee* transferiu as participações nas empresas Gaby1, Gaby2, Gaby3 para a CCSA e efetuou o pagamento às vendedoras, motivo pelo qual a estrutura passou a ser a seguinte (conforme ilustração produzida pelo próprio Recorrente):



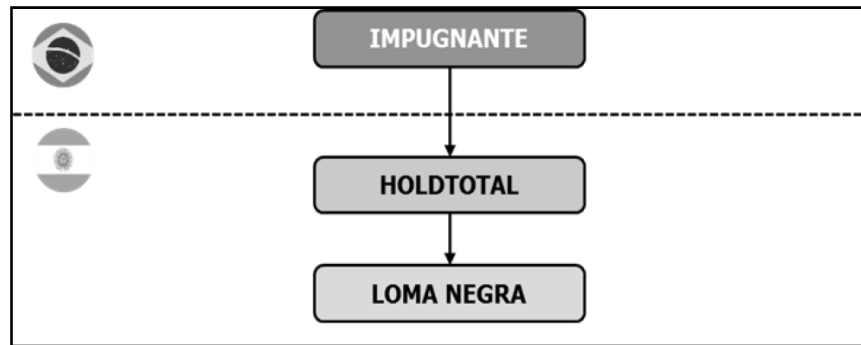
Após encerrada essa operação, a CCSA resolveu aumentar o capital de sua controlada voltada à atuação na indústria de cimentos, a Camargo Corrêa Cimentos S/A (antiga denominação da Recorrente), utilizando, para tanto, as participações que detinha nas empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3.

Além de aumentar o capital da Recorrente, a CCSA utilizou tais participações nas referidas sociedades americanas para saldar uma dívida que possuía com a Recorrente, conforme se verifica pela Ata de Assembleia Geral Extraordinária da Recorrente e Instrumento Particular de Dação em Pagamento firmado entre ela e a CCSA.

Ou seja, a Recorrente recebeu as participações nas empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 como (i) integralização de aumento de capital subscrito pela CCSA e (ii) pagamento de dívida, passando a estrutura societária a ser a seguinte:



Ato seguinte, em 02 de dezembro de 2005, a Requerente resolveu incorporar aquelas empresas criadas pelas vendedoras, Gabys., e a estrutura passou a ser a seguinte:



Pois bem, na citada operação de aquisição verificou-se a geração de um ágio, já que os valores de patrimônio líquido das empresas americanas eram inferiores ao que foi pago pela CCSA.

Esse ágio foi regularmente contabilizado pela CCSA, e em seguida, com a aquisição dessa participação pela Recorrente, passou aos registros contábeis da Recorrente, e, após realizar a incorporação das supracitadas sociedades americanas, a Recorrente iniciou a dedução das despesas decorrentes da amortização do ágio contabilizado.

#### Da glosa do ágio pela Fiscalização.

A Autoridade Fiscal glosou as despesas decorrentes da amortização do ágio em questão por entender que:

**(i) não teria como fundamento a expectativa de rentabilidade futura, mas sim o valor do fundo de comércio adquirido, bem como outros intangíveis.** Nesse sentido, trechos do TVF:

*“Outrossim, é inverossímil que o ágio efetivamente pago pela empresa CCSA tivesse como fundamento econômico as expectativas de rentabilidade futura. Como desprezar todo o fundo de comércio da empresa ‘Loma Negra’?”*

(...)

*Em uma época em que verdadeiras ‘batalhas’ no mercado de cimento já vinham sendo travadas entre as empresas (o que se verifica até hoje) de modo a aumentar suas participações no mercado, é inegável que a empresa Loma Negra é uma das maiores empresas de cimento da Argentina, o que constituía um ativo de grande valor para a empresa que adquirisse seu controle. Neste sentido, é fato incontestado que este ativo influenciou o ágio pago pela CCSA, na compra das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3.*

*Ademais, é certo que o mercado conquistado pela empresa Loma Negra na Argentina constituía um ativo de notável importância para os planos de expansão do conglomerado econômico brasileiro. Decerto o nome e a marca da Loma Negra igualmente se apresentaram como ativos que influenciaram o ágio pago.*

*Além de tudo, a Loma Negra também detinha 80% das ações da Ferrosur, empresa que opera as ferrovias de carga, que transportam a produção das principais indústrias da Argentina, inclusive escoando a produção da Loma Negra e de suas controladas, o que também constitui um ativo que influenciou o ágio desembolsado.*

*Outro fator que também influenciou o ágio despendido foi o complexo de empresas subsidiárias que a Holdtotal S.A. detinha, fora a Loma Negra. Dentre elas constam Betel S.A., Reycomb S.A., Cofesur S.A., Compania Argentina de Cemento Portland S.A., Escofer S.A., Compania de Servicios a La Construccion S.A., sociedades anônimas*

*constituídas na cidade de Buenos Aires, Canteras Del Riachuelo S.A. (Uruguai) e Cementos Del Plata S.A. (Uruguai).*

*Ao sustentar que o ágio pago se fundou em expectativas de rentabilidade futura, o que não representa absolutamente a totalidade do investimento feito, o grupo econômico ilicitamente aspirou ao benefício fiscal de amortizar o ágio pago, a despeito de a legislação vedar tal benesse em relação àquele estribado em outros fundamentos econômicos.” (fls. 13 e 14 do TVF)*

**(ii) parcela do custo de aquisição suportado pela CCSA seria referente a pagamentos feitos entre os anos de 2006 a 2013.** Nesse sentido, trechos do TVF:

*“Em resposta enviada a esta Fiscalização em 13/06/2017 a CCSA apresenta os valores pagos, as datas de pagamento, os lançamentos contábeis e os respectivos contratos de câmbio com datas compreendidas entre o período de 09/06/2006 a 13/06/2013, comprovando o pagamento das parcelas restantes do preço estipulado no “Stock Purchase Agreement”.*

*(...)*

*Isso significa que, além do ágio da transação entre a CCSA e as vendedoras argentinas ter sido transferido irregularmente para a CCC, ele sequer havia sido pago em sua totalidade.*

*A CCSA conseguiu usufruir de um resultado da sua controlada CCC com uma considerável redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL sem que tivesse sequer despendido a totalidade do valor que começava a ser amortizado pela sua controlada.” (fls. 18 e 19 do TVF)*

**(iii) o laudo de avaliação teria sido elaborado após a aquisição da participação detidas pelas vendedoras.**

*“Cabe ressaltar, que a empresa CCC contratou a empresa KPMG Corporate Finance Ltd. para a realização de um “Estudo de valor das empresas Gaby1 Holding, LLC, Gaby2 Holding, LLC Gaby3 Holding, LLC”, realizado apenas em 18/06/2010, após o início da fiscalização do processo n.º 10880.721.862/2010-45, que iniciou a auditoria deste ágio, lapso temporal muito dilatado, da data em que ocorreram as transações e com o objetivo de tentar justificar o fundamento econômico da expectativa de rentabilidade futura, que possibilitava a benesse da amortização do ágio.*

*Isso deixa muito claro que a CCSA, ao concretizar o negócio, não tinha em mãos informações abalizadas sobre a expectativa de rentabilidade futura do investimento. Ora, se essa motivação não existia, posto que não provada, o moto da transação só poderia recair sobre o fundo de comércio representado pelo conjunto de empresas adquiridas do grupo argentino.*

*Além disso, a empresa contratada querer eximir-se de qualquer responsabilidade quanto a uma nova avaliação econômico-financeira na empresa Loma Negra, deixa claro que o objetivo do estudo não era verossímil, é o que se deduz do trecho do dito relatório reproduzido abaixo:*

*‘que o escopo do trabalho não incluiu a elaboração de nova avaliação econômico-financeira da Loma Negra, assim como das Empresas, mas apenas a formalização do estudo de rentabilidade futura feito quando da Transação. Nesse sentido não somos responsáveis pelas premissas de projeções do estudo de rentabilidade futura da Loma Negra.’ (grifo nosso)*

*(pág. 5, parágrafo 3º do Estudo de Valor das empresas Gaby1 Holding, LLC, Gaby2 Holding, LLC Gaby3 Holding, LLC, realizado pela KPMG Corporate Finance Ltd.)” (fls. 14 e 15 do TVF)*

**(iv) teria sido transferido indevidamente à Recorrente, na medida em que que não teria sido decorrente de uma aquisição realizada por ela, mas sim pela CCSA.**

*“Conclui-se, por conseguinte, que o ágio inicialmente pago pela empresa CCSA foi transferido indevidamente para a empresa fiscalizada.*

*Ora, o ágio foi efetivamente pago pela empresa CCSA e não pela sua controlada CCC. Portanto, o ativo (ágio) decorrente da aquisição de ações haveria de ser contabilizado na empresa CCSA adquirente das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e não na sua controlada CCC, que recebeu as ações. As operações societárias desencadeadas após a aquisição das ações das*

*“Gaby’s” lastrearam-se nessa transferência do ágio pago pela empresa CCSA para a empresa CCC.*

(...)

*Resta incontestável, portanto, que o previsto no Artigo 385 do RIR/99 não é aplicável à Camargo Corrêa Cimentos - CCC, pois a empresa fiscalizada não comprou as empresas “Gaby’s”, que foram usadas para a conferência de bens na subscrição das suas ações. As ações das “Gaby’s” foram consideradas pelo seu valor “cheio”, isto é, pelo seu valor de patrimônio líquido mais o ágio que foi pago quando de sua aquisição pela empresa CCSA.*

(...)

*Por conseguinte, a despeito da tentativa da empresa CCSA de transferir para sua controlada CCC o ágio pago, a legislação não autoriza que tal ágio seja aqui transferido, no momento posterior a aquisição da participação, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da empresa CCC”. (fls. 16 a 20 do TVF)*

## **Das Preliminares**

### **Validade das Operações Praticadas, à Luz do artigo 24 da LINDB**

Em que pese às razões sustentadas pela Recorrente, entendo não ser aplicável o art. 24 da LINDB no processo administrativo fiscal.

Isto porque o art. 100 do CTN, que é lei complementar, já regula de forma exauriente – isto é, sem deixar lacunas – esta questão, não sendo possível admitir a aplicação do art. 24 da LINDB, conforme requerido.

Em primeiro lugar, tem-se que o art. 100 do CTN, por interpretação a *contrario sensu*, textualmente funciona como norma permissiva de mudança de interpretações por parte das autoridades administrativas. Ou seja, pode, sim, a autoridade administrativa, inclusive a julgadora, mudar, nos estritos termos postos pelo CTN (art. 100 e 146), o seu entendimento sobre questões tributárias, sem que isto implique qualquer direito a ser reclamado pelo contribuinte na apuração do tributo devido. Ressalva-se apenas que, em tais casos, a imposição de penalidades e de juros de mora devem ser afastados, mesmo assim nas hipóteses restritas a seus incisos I a IV, as quais denomina *Normas Complementares*. Confira-se:

#### **SEÇÃO III**

##### **Normas Complementares**

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. **A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.**

Em segundo lugar, as decisões administrativas do CARF enquadram-se, pelo princípio da especialidade, no inc. II supra (decisões administrativas colegiadas), e não no inciso III (práticas reiteradas). Ou seja, necessitaria, ainda, de lei que atribuísse, em caráter específico, eficácia normativa a decisões do CARF para que elas produzissem efeitos em termos de afastamento da multa e dos juros.

Em terceiro lugar, se sequer para afastar multas e juros de mora a jurisprudência administrativa, ainda que “majoritária” – como preceitua o art. 24 da LINDB –, pode ser evocada, por bloqueio do art. 100, II, do CTN (por falta de lei que lhe atribuísse eficácia normativa), menos ainda teria poder para fixar a norma jurídica aplicável na apuração do tributo devido em si, como prescreve o art. 24 da LINDB. Não podendo o *menos*, isto é, afastar multas e juros de mora, não poderia a jurisprudência administrativa, ainda que majoritária, atingir o *mais*, isto é, ditar a apuração do valor do tributo devido para um determinado período que fosse.

Como se deduz a partir de seu texto a seguir, uma aplicação do art. 24 da LINDB não só excluiria a multa e os juros de mora, como também o próprio tributo cobrado:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. Consideram-se *orientações gerais* as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em **jurisprudência** judicial ou **administrativa majoritária**, e ainda as adotadas por **prática administrativa reiterada** e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Como se observa ainda, o art. 24 da LINDB pretendeu revogar não apenas, de forma indireta, o inc. II do art. 100, referente às decisões administrativas, como também de forma direta o próprio inc. III, referente às práticas reiteradas, cuja observância, para o CTN, garante apenas a exclusão da multa e juros, enquanto para a LINDB deve excluir também a cobrança do tributo. Para isto, acabou por incluir os incisos II e III do CTN no que denominou “orientações gerais”.

Portanto, o art. 24 da LINDB choca-se frontalmente com os dispositivos apontados do CTN. Por ser a LINDB lei ordinária, não pode ser aplicada ao Processo Administrativo Fiscal o qual, ao menos nesta parte, está competentemente regulado por Lei Complementar (CTN).

Em linha semelhante, vem decidindo a 1ª Turma da Câmara Superior:

*ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA*

*Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012*

*DECRETO-LEI 4.657/1942 (LINDB): ART. 24. INAPLICABILIDADE.*

*O artigo 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), incluído pela Lei nº 13.655/2018, não se aplica, em tese, aos julgamentos realizados no âmbito do CARF.*

*(Processo nº 16561.720047/2014-81. Acórdão nº 9101003.734. 1ª Turma. 11.09.2018).*

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012*

**ART. 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.**

*O art. 24 da LINDB veda que órgão ou autoridade decisória (administrativa, controladora ou judicial), diante de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativos (ou seja, necessariamente praticados pela Administração ou com a participação dela), que tenha gerado uma situação consolidada em favor do administrado, invalide tal situação em razão de mudança posterior de orientação geral.*

*Por absoluta incompatibilidade lógica, sob qualquer ótica de análise, o dispositivo simplesmente não possui aplicação no âmbito dos processos administrativos tributários objeto de apreciação pelo CARF.*

*(Processo n.º 16561.720077/2013-15. Acórdão n.º 9101003.839. 1ª Turma. 03.10.2018)*

Nesse sentido, caminha a Súmula Carf n.º 169, veja-se:

***Súmula CARF n.º 169: O art. 24 do decreto-lei n.º 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei n.º 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal.***

Nestes termos, afasta-se a aplicação do art. 24 do Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB), com redação conferida pela Lei 13.655/2018.

### **Do Mérito**

No mérito, a discussão gira em torno da dedutibilidade, ou não, das amortizações de ágio gerado com a aquisição do investimento LOMA NEGRA, com sede na Argentina, através das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, pela Camargo Corrêa S/A (“CCSA”), com ágio, e posterior transferência de participação nessas últimas empresas para Camargo Corrêa Cimentos (atualmente denominada Intercement Brasil S/A, “Contribuinte”).

De acordo com a fiscalização, as despesas com amortização do ágio foram glosadas, pelos seguintes fundamentos:

- i) não teria como fundamento a expectativa de rentabilidade futura, mas sim o valor do fundo do comércio adquirido e intangíveis;
- ii) Parcela do custo de aquisição suportado pela CCSA seria referente a pagamentos feitos entre os anos de 2006 a 2013;
- iii) laudo de avaliação teria sido apresentado em momento muito superior ao da transação;
- iv) a amortização do ágio teria sido feita de forma indevida pela Recorrente, uma vez que a aquisição das empresas Gaby’s não foi feita por ela, mas sim pela CCSA.

A DRJ manteve o lançamento por apenas um dos fundamentos utilizados pela fiscalização, silenciando sobre um e afastando os outros dois. Confira trechos desta decisão:

- item i: afastou argumento da fiscalização

*Analisando ambos documentos citados no parágrafo acima, anexados entre as fls. 2.081 e 2.260, entendo que a justificativa para o sobrepreço pago na aquisição das empresas Gaby’s foi a expectativa de rentabilidade futura das mesmas e, conseqüentemente, das empresas HoldTotal e Loma Negra. Assim, a meu ver, o requisito constante no §3º do artigo 385 do RIR/99 estaria atendido por parte da compradora CCSA.*

- item ii: afastou o argumento da fiscalização

*Com relação aos pagamentos efetuados pela compradora CCSA entre os anos de 2006 a 2013, ou seja, após o início da dedução do ágio pela contribuinte, tem-se que tal fato restou consignado no contrato de compra e venda (item 1.4, fls. 1.912 a 2.080) e esta obrigação foi devidamente escriturada pela CCSA. Ou seja, o custo da aquisição do investimento foi devidamente registrado nos assentamentos contábeis da compradora. Destarte, se todas as demais condições para a amortização do ágio estivessem atendidas, o fato do pagamento ter sido realizado em parcelas após o início da dedução em nada influenciaria a questão.*

- item iii: silenciou

- item iv: concordou com a Fiscalização, mantendo o lançamento por este fundamento.

*Em que pesem os argumentos apresentados pela contribuinte quanto a esta transferência, concordo com o exposto pelo autor do feito, uma vez que os artigos 385 e 386 do RIR/99 são muito claros no sentido de que a amortização do ágio, gerado após a aquisição de participação societária, é permitida a quem adquiriu tal investimento com sobrepreço, não sendo possível transferi-lo a outro por meio de aumento de capital e pagamento de dívida por ausência de previsão legal.*

*Apesar da incorporação das Gaby's realizada pela contribuinte em 01 de dezembro de 2005, não foi ela quem adquiriu as empresas. O inciso III do artigo 386 somente pode ser utilizado se atendido o disposto no artigo 385 do RIR/99. Esta é condição para existência daquela. Sendo assim, entendo acertada a glosa destas despesas.*

Portanto, de acordo com a DRJ, a dedução do ágio na forma dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como os artigos 385 e 386 do RIR/99, somente seria aplicável acaso a absorção patrimonial ocorresse entre a **CCSA** e as **GABYs**, pois apenas a sociedade que realizou o investimento poderia usufruir do tratamento previsto nessa regra fiscal.

Em recurso, o Contribuinte apresenta argumentos com o propósito de desconstituir a alegação de impossibilidade de se realizar a transferência da participação adquirida com ágio, com o conseqüente descumprimento do art. 385, caput, do RIR/99, entre outros.

Aduz que analisando os artigos do Decreto nº 1.598/77, reproduzidos nos artigos 385 e seguintes do RIR/99, não encontra qualquer vedação ou mesmo determinação em sentido diversos do que foi realizado pela CCSA ao transferir a participação das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 à Recorrente.

Em favor de suas alegações, cita trechos do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, destacando que a amortização do ágio é a forma contábil de se registrar a perda de valor no tempo de um ativo intangível em função de seu uso, e o mesmo ocorre com os ativos tangíveis da sociedade, que têm seu valor ajustado no tempo pela depreciação ou pela exaustão.

Cita exemplo, enfatizando, em seguida, restar claro que a redução do valor do ativo em função do seu uso no tempo deve ser obrigatoriamente registrada como despesa da sociedade que seja que seja a sua titular, tal como aconteceu no caso presente. Conclui que de fato, o único procedimento correto é que o ágio seja amortizado na empresa que detém o investimento, no caso, a Recorrente.

E, por fim, colaciona parecer doutrinário, de Luis Eduardo Schoueri, analisando, exatamente, o caso em apreço, e decisões administrativas do CARF que admitiram operações com transferência de ágio.

Analisando os elementos constantes dos autos, compreendo que assiste razão ao Contribuinte, vejamos:

### **Da inexistência de vedação legal quanto à transferência da participação adquirida com ágio**

Inicialmente, transcreve-se, novamente, trecho do TVF, que demonstra o posicionamento adotado pela Fiscalização, quanto a este ponto:

*Conclui-se, por conseguinte, que o ágio inicialmente pago pela empresa CCSA foi transferido indevidamente para a empresa fiscalizada.*

*Ora, o ágio foi efetivamente pago pela empresa CCSA e não pela sua controlada CCC. Portanto, o ativo (ágio) decorrente da aquisição de ações haveria de ser contabilizado na empresa CCSA adquirente das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e não na sua controlada CCC, que recebeu as ações. As operações societárias desencadeadas após a aquisição das ações das*

*“Gaby’s” lastrearam-se nessa transferência do ágio pago pela empresa CCSA para a empresa CCC.*

(...)

*Resta incontestável, portanto, que o previsto no Artigo 385 do RIR/99 não é aplicável à Camargo Corrêa Cimentos - CCC, pois a empresa fiscalizada não comprou as empresas “Gaby’s”, que foram usadas para a conferência de bens na subscrição das suas ações. As ações das “Gaby’s” foram consideradas pelo seu valor “cheio”, isto é, pelo seu valor de patrimônio líquido mais o ágio que foi pago quando de sua aquisição pela empresa CCSA.*

(...)

*Por conseguinte, a despeito da tentativa da empresa CCSA de transferir para sua controlada CCC o ágio pago, a legislação não autoriza que tal ágio seja aqui transferido, no momento posterior a aquisição da participação, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da empresa CCC”. (fls. 16 a 20 do TVF)*

Assim, de acordo com a Autoridade Fiscal, o ágio inicialmente pago pela empresa CCSA foi transferido indevidamente para a empresa fiscalizada, destacando que não foi ela (fiscalizada) que comprou as Gabys, que foram usadas para a conferência de bens na subscrição das ações. Assim, por essa ótica, não teria havido a “confusão patrimonial”, inerente ao aproveitamento do ágio, nos termos da legislação aplicável, que seria aquela decorrente da incorporação da investida pela investidora ou vice-versa. No entender do agente fiscal, a norma de regência estabeleceria que tal confusão patrimonial – com consequente dedutibilidade do ágio a título de amortização – só poderia ocorrer entre a pessoa jurídica que primeiramente valorou e pagou pelo ágio da investida.

Em outras palavras, o aproveitamento do ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura, nos casos previstos no art. 386 do Decreto n.º 3.000/1999, **seria prerrogativa única e exclusiva da pessoa jurídica investidora que primeiramente precificou e arcou com o ônus nessa primeira alienação (investidora original)**. Segundo essa linha de entendimento, caso a investidora original aliene o investimento adquirido, ou como ocorreu no caso em debate, transfira para outra empresa do grupo, a título de aumento de capital somado ao pagamento de uma dívida, esse segundo adquirente (e, eventualmente, os posteriores) não mais se sujeitaria aos ditames do citado artigo.

Vejamos o que estabelece os artigos 385 e 386 do RIR/99:

*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).*

*Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão*

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

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

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

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

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

*§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).*

*§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):*

*I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;*

*II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.*

*§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):*

*I - será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;*

*II - poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.*

*§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).*

*§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).*

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

*I - o 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.*

*§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).*

Da leitura combinada dos art. 385 e 386 acima transcritos – formadores do núcleo normativo que autoriza a amortização parcelada do ágio com fundamento na rentabilidade futura – não logrou esse Julgador extrair norma restritiva que limitasse o “aspecto pessoal” de ambas ou de alguma delas.

O art. 385 determina que o desdobramento do valor pago pelo investimento seja, “por ocasião da aquisição da participação”, desdobrado em valor patrimonial e ágio ou deságio. Ora, participações societárias são negociadas em mercado próprio sendo inerente a esse mercado que uma mesma participação societária seja negociada mais de uma vez. Não há como defluir da própria norma que o comando constante no art. 385 se aplique unicamente no caso de contribuintes que efetuem “aquisições originais de participações societárias”.

É essa mesma abordagem que leva ao entendimento de que, tampouco no art. 386 tenha se estabelecido restrições ao “aspecto pessoal” da norma. Ali consta que “a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra [...] na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio ...”. Novamente a legislação é silente em relação à natureza primária ou secundária da aquisição que tornou patrimônio seu o investimento consistente de tal participação societária. O relevante é que, por ocasião das operações ali citadas (incorporação, fusão ou cisão) ela, a pessoa jurídica investidora, detenha a participação societária da investida.

No caso dos autos, a CCSA, investidor originário, transferiu à Recorrente a participação das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, acompanhada do respectivo ágio gerado na aquisição dessas empresas. Essa transmissão deu-se a título de aumento de capital somando ao pagamento de um dívida.

Tendo ocorrido a incorporação da investida pela pessoa jurídica que detinha sua participação societária adquirida com ágio (Recorrente) se lhe aplica, no meu entender, a faculdade de amortização no prazo mínimo ali previsto (60 meses). No caso o ágio foi exatamente o mesmo pago na operação original. Com a incorporação das Gabys pela Recorrente confunde-se em uma mesma pessoa jurídica o patrimônio que deu causa ao ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura com o patrimônio da investidora detentora desse mesmo ágio.

Ademais, o tratamento fiscal do ágio sofreu algumas modificações com a edição da Lei n.º 12.973/2014, isso é um fato. Através de sua edição, o legislador se propôs reduzir o contencioso através de uma nova regulamentação quanto às exigências para a amortização do ágio. Tal objetivo restou claro quanto a discussões como a demonstração do valor do ágio pago por expectativa de rentabilidade, pois, agora, a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo, o que anteriormente não existia, bem como a validade do ágio interno, vez que agora a lei expressamente veda a apuração do ágio na aquisição do investimento relevante realizada entre partes relacionadas.

Porém, não houve alteração em relação a temas igualmente contenciosos, como o da **transferência de investimento com ágio** analisado nos presentes autos. Penso que este silêncio não ocorreu ao acaso, e sim como reconhecimento do direito de auto-organização garantido ao particular pelo princípio da livre iniciativa, de forma não haver sanção a tal transferência, obviamente na hipótese do aproveitamento do ágio ter sido legitimamente apurado na operação originária de aquisição de investimento relevante.

Assim, há de se concluir que não inexistente disposição expressa na Lei n.º 9.532/97 que vede a transferência de ágio ou indique a perda da possibilidade de amortização do ágio, na hipótese de eventual diferença de titularidade desse direito.

Há de realçar a efetiva neutralidade dessas operações de transferência, pois não altera a esfera de direitos do contribuinte, como também não causa prejuízo algum ao fisco em decorrência de redução indevida de tributos. Essa operação é neutra, indiferente, pois a nova empresa, por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, é que passa a deter o investimento da empresa cuja rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio. Tal operação é indiferente sob a perspectiva tributária, pois nem é vedado e nem gera o direito à amortização fiscal do ágio.

Além disso é incontroverso que a participação nas empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 foi transferido à Recorrente e a título oneroso em razão de aumento de capital e pagamento de dívida. Ora, se tal participação foi transferida, é natural que o ágio acompanhe a participação, até mesmo porque não se mostra razoável que o ágio permaneça na CCSA, mesmo após a transferência de participação, e seja baixado em seu passivo dívida existente.

Nestes termos, afasto a alegação apresentada pela Fiscalização e acolhida pela decisão recorrida, consistente na impossibilidade de se realizar a transferência da participação adquirida com ágio, com o conseqüente descumprimento do art. 385, caput, do RIR/99.

### **Expectativa de Rentabilidade futura**

De acordo com a fiscalização, o ágio amortizado não teria como fundamento a expectativa de rentabilidade futura, mas sim o valor do fundo do comércio adquirido e

intangíveis. Este fundamento não foi acolhido pela decisão recorrida, como se vê no trecho a seguir transcrito:

*Analisando ambos documentos citados no parágrafo acima, anexados entre as fls. 2.081 e 2.260, entendo que a justificativa para o sobrepreço pago na aquisição das empresas Gaby's foi a expectativa de rentabilidade futura das mesmas e, conseqüentemente, das empresas HoldTotal e Loma Negra. Assim, a meu ver, o requisito constante no §3º do artigo 385 do RIR/99 estaria atendido por parte da compradora CCSA.*

Antes de analisá-lo, um esclarecimento se faz pertinente.

Em 11 de junho de 2019, participei de julgamento, que analisou o mesmo ágio e concluiu, por unanimidade de votos, pelo não provimento do recurso voluntário para manter as glosas de despesas do ágio (Acórdão: 1301-003.935). Na oportunidade acompanhei o voto da i. Relatora, pelo segundo fundamento, qual seja, que o ágio não poderia ser amortizado, tendo em vista que seu fundamento econômico não teria sido a rentabilidade futura da empresa adquirida, mas sim o fundo de comércio e intangíveis da sociedade adquirida. Refletindo melhor, entendo que este entendimento não deve prevalecer.

Inicialmente reproduzo enxertos do TVF (fl. 1306) que demonstram o fundamento em tela:

“Outrossim, é inverossímil que o ágio efetivamente pago pela empresa CCSA tivesse como fundamento econômico as expectativas de rentabilidade futura. Como desprezar todo o fundo de comércio da empresa ‘Loma Negra’?

(...)

Apenas para efeito ilustrativo, convém discutir o papel da **Loma Negra** no mercado de cimentos da Argentina, o que certamente influenciou no sobrepreço pago pela **CCSA** na compra das empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3**. Em uma época em que verdadeiras ‘batalhas’ no mercado de cimento já vinham sendo travadas entre as empresas (o que se verifica até hoje) de modo a aumentar suas participações no mercado, é inegável que a empresa **Loma Negra** é uma das maiores empresas de cimento da Argentina (cerca de 48% do mercado argentino), o que constituía um ativo de grande valor para a empresa que adquirisse seu controle. Neste sentido, é fato inconteste que este ativo influenciou o ágio pago pela **CCSA**, na compra das empresas **Gaby1**, **Gaby2** e **Gaby3**.

Ademais, é certo que o mercado conquistado pela empresa **Loma Negra** na Argentina constituía um ativo de notável importância para os planos de expansão do conglomerado econômico brasileiro. Decerto o nome e a marca da **Loma Negra** igualmente se apresentaram como ativos que influenciaram o ágio pago.

Além de tudo, a **Loma Negra** também detinha 80% das ações da **Ferrosur**, empresa que opera as ferrovias de carga, que transportam a produção das principais indústrias da Argentina, inclusive escoando a produção da **Loma Negra** e de suas controladas, o que também constitui um ativo que influenciou o ágio desembolsado.

Outro fator que também influenciou o ágio despendido foi o complexo de empresas subsidiárias detidas pela **Loma Negra**. Dentre elas constam **Betel S.A.**, **Reycomb S.A.**, **Cofesur S.A.**, **Compania Argentina de Cemento Portland S.A.**, **Escofer S.A.**, **Compania de Servicios a La Construccion S.A.**, sociedades anônimas constituídas na cidade de **Buenos Aires**, **Canteras Del Riachuelo S.A.** (Uruguai) e **Cementos Del Plata S.A.** (Uruguai).

Ao sustentar que o ágio pago se fundou em expectativas de rentabilidade futura, o que não representa absolutamente a totalidade do investimento feito, o grupo econômico ilicitamente aspirou ao benefício fiscal de amortizar o ágio pago, a despeito de a legislação vedar tal benesse em relação àquele estribado em outros fundamentos econômicos.”

(fls. 13 e 14 do TVF, destaques são do original).

De tal análise, verifica-se que a Autoridade Fiscal citou uma série de elementos, como a participação no mercado de cimentos, a participação em outras empresas, o nome, entre outros, como possível fundamentos ao ágio, sem se preocupar, por outro lado, em verificar se tais elementos seriam passíveis de identificação e, assim, valorá-los de forma individualizada, como nos ensina doutrina autorizada.

Com efeito, o ágio foi fundamentado por estudos elaborados por instituição financeira especializada (Banco Goldman Sachs) na expectativa de rentabilidade futura atribuído às sociedades empresárias adquiridas como um todo.

Ou seja, não se mensurou, com base na expectativa de rentabilidade futura, cada um dos bens que formariam o fundo de comércio e os intangíveis, identificando-os para, assim, atribuir-lhes um valor (de forma individualizada)

Se isso não ocorreu, como pode a fiscalização afirmar que todo esse valor que se denominou de expectativa de rentabilidade futura seria atribuível ao fundo de comércio ou a alguns intangíveis, sem antes realizar essa análise acerca da identificação e mensuração dos bens que compõe esse fundo de comércio e esses intangíveis?

Ora, em momento algum, foi feita prova pela fiscalização de que o ágio em análise englobaria algum valor correspondente ao fundo de comércio ou intangíveis adquiridos, tampouco demonstrou qual seria a parcela desse montante comporia o total do preço de aquisição.

Ou seja, o Sr. Auditor Fiscal não segregou os valores de “fundo de comércio” ou de “intangíveis” do montante supostamente apurado pela Recorrente e classificado como expectativa de rentabilidade futura, nem tampouco desqualificou os estudos e o laudo apresentados pela Recorrente.

Dessa forma, além de não “desqualificar” o montante do ágio demonstrado nos estudos elaborados, a fiscalização nem sequer trouxe elementos de prova que pudessem demonstrar qual fração do preço de aquisição estaria amparado em outros fundamentos econômicos diversos da rentabilidade de exercícios futuros.

Noutras palavras, o Sr. Agente Fiscal tão somente afirmou, de forma genérica, que o ágio estaria vinculado ao fundo de comércio e outros intangíveis, sem produzir, contudo, qualquer prova para referenda tal alegação, e também não questionou a validade dos estudos elaborados por instituição especializada (Banco Goldman Sachs) que, diga-se de passagem, **foi elaborado antes da aquisição das Gabys.**

Portanto, em face dessas considerações, para se desqualificar um ágio gerado com base em rentabilidade futura, sobre o argumento de que se trata de ágio fundamentado em fundo de comércio, deveria a Autoridade Fiscal apresentar provas de que os demonstrativos apresentados não validam uma rentabilidade futura, mas sim, a precificação do fundo de comércio. Como isso não ocorreu, no caso em apreço, as assertivas fiscalização neste ponto não podem prosperar essa alegação, por ausência de provas.

Ademais, vale registrar o quanto decidido pela DRJ, quando do julgamento de impugnação apresentada pela mesma recorrente, em processo que discutia o mesmo ágio (proc. n.º **10880.721862/2010-45**), porém amortizado em período diferente, onde aquele Colegiado rejeitou o entendimento manifestado da Fiscalização, no sentido de que o ágio originado na

aquisição das ações das Gabys teria como fundamento econômico o fundo de comércio e intangíveis supostamente adquiridos. Confira-se:

“Observa-se também que, a controladora da fiscalizada, a empresa Camargo Correa S.A. (CCSA), realmente pagou pelas empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, com ágio calculado pelo relatório de rentabilidade futura efetuado pelo banco Goldman Sachs, tendo inclusive havido um ligeiro desconto no valor pago.

Cabe lembrar que por serem grupos econômicos distintos, a CCSA teria o máximo empenho em pagar o menor valor possível, e não ao contrário, como é feito em criação de ágio entre empresas do mesmo grupo econômico.

Assim, é descabida a argumentação tecida pelo auditor fiscal a respeito:

*“Mostra-se de hialina clareza a flagrante intenção do grupo econômico de adquirir as empresas com o fim único de transferir o ágio. Trata-se de um caso típico de “empresas veículos”, criada com este cínico intuito. A recente jurisprudência administrativa vem sendo firmada no sentido de se exigir um propósito negocial em operações societárias que visem apenas e tão-somente a alcançar benefícios fiscais, tal como no caso “sub examine”. A título meramente ilustrativo, é oportuno transcrever excerto de julgado do então Conselho de Contribuintes (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme Medida Provisória n.º 449/2008):*

O citado acórdão do CARF dizia respeito a incorporações com ágio efetuadas através de empresas veículo, dentro de um mesmo grupo econômico, no tipo de operação já descrito acima, o que não se aplica ao caso presente.

É absurda ainda a ainda a argumentação apresentada pelo auditor fiscal quando alega que

*“Relembrando que as empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 foram compradas pelo valor de US\$ 775.818.303, em 09/11/2005, apesar de ser constituída por um Patrimônio Líquido de US\$ 136 milhões e com um ágio de US\$ 639,8 milhões e no estudo elaborado peio grupo econômico Camargo Corrêa e seus assessores financeiros, a Média Revisada do Valor do Capital era de US\$ 829 milhões, em 29/03/2005.*

*Diante dos fatos apresentados, cabe indagar: O Grupo Camargo Corrêa pagou algum ágio ou teve ganho de capital na compra das empresas Gaby's ?” (grifou-se)*

O auditor fiscal parece se esquecer que ganho de capital em transações de compra e venda, só existe para a vendedora que venda o bem com um preço maior que a avaliação histórica dele na contabilidade. O lucro na venda constitui o ponto de partida para o cálculo do ganho de capital a ser pago pela vendedora do bem.

Também parece não lembrar que ágios em aquisição de bens são legais e podem ser amortizados, tanto que os arts. 385 e 386 do RIR/99 autorizam expressamente essa amortização.

Conforme autoriza o §2o do artigo 385, a contribuinte pode indicar qualquer um dos itens desse parágrafo como fundamento do ágio. Reproduz-se a seguir o citado artigo, para maior clareza:

*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 (DecretoLei ns 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.*

*§ 1 O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 1).*

*§ 2 O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n 1.598, de 1977, art. 20, §22):*

*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.*

*§ 3 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, § 3).*

**Conforme se observa acima, o legislador deixou para os contribuintes a escolha de qual fundamento de ágio seria utilizado, não obrigando de maneira alguma que a avaliação fosse feita pelo fundo de comércio como parece acreditar o auditor fiscal, podendo perfeitamente utilizar como fundamento de ágio, o valor de rentabilidade da controlada com base em previsão de resultados futuros.**

**Cabe notar que o próprio auditor fiscal declara e a contribuinte confirma, o fundamento para a apuração do valor do ágio foi o relatório efetuado pelo banco Goldman Sachs, com base em previsão de exercícios futuros e esse relatório não foi contestado pelo auditor fiscal, que no entanto tece uma argumentação um tanto contraditória nos parágrafos 2.2.3.8 até 2.2.3. 17, pois afirma em um parágrafo que o fundamento do ágio deveria ser o de expectativa de rentabilidade futuro e nos seguintes despreza essa avaliação em favor da avaliação do fundo de comércio, esquecendo que a avaliação de fundo de comércio, faz parte integrante do valor calculado com base em previsão de resultados futuros.**

**Realmente não se poderia partir para avaliação de valores de resultados futuros sem ter o valor atual do bem, que é composto necessariamente pelo valor de fundo de comércio e outros intangíveis.**

**Uma vez que a argumentação sobre fundo de comércio não invalida o relatório do Banco Goldman Sachs, pois o auditor fiscal não comprovou que os valores apresentados no relatório do banco seriam falsos ou estariam errados, limitando-se a tecer longos argumentos sobre o fundo de comercio em teoria.**

**Assinala-se também que , durante o procedimento fiscal , a fiscalizada mandou elaborar um Estudo do valor das empresas Gaby 1, Gaby2 e Gaby3, pela empresa KPMG Corporate LTDA , estudo esse que serviu apenas validador do outro estudo, e onde esta declarado que “que o escopo do trabalho não incluiu a elaboração de nova avaliação econômico-financeira da Loma Negra, assim como das Empresas, mas apenas a formalização do estudo de rentabilidade futura feito quando da Transação. Nesse sentido não somos responsáveis pelas premissas de projeções do estudo derentabilidade futura da Loma Negra.” (pág. 5, parágrafo 3o do Estudo de Valor das empresas Gabyl Holding, LLC, Gaby2 Holding, LLC Gaby3 Holding, LLC, realizado pela KPMG Corporate Finance Ltd.)**

**O auditor fiscal utilizou esse trecho como argumentação para descaracterizar a avaliação feita pelo banco Goldman Sachs mas , na realidade, o que está dito apenas confirma que a avaliação foi feita à época da transação e que os valores não foram criados em 2010 por ocasião do no estudo , que manteve os valores apurados anteriormente, servindo apenas para formalizar , no Brasil, o mesmo estudo feito pelo banco americano.**

**Convém reparar que a argumentação tecida pelo auditor fiscal vai no sentido que a fiscalizada teria procurado obter o maior valor possível de ágio para aproveitar-se do que o auditor fiscal denomina “a benesse da amortização do ágio” o que não é muito coerente, pois , como já dito, seria muito mais vantajoso para o grupo Camargo Correa, pagar o menor preço possível pela aquisição e não o contrário.**

**As afirmações do auditor fiscal , como já dito, só fariam sentido se a transação tivesse ocorrido entre empresas do mesmo grupo econômico, com aquisições “pagas” em ações da empresa “compradora” que ai sim, tem o maior interesse em criar o maior ágio possível, para ser amortizado posteriormente por ela ou pela sua incorporadora.”**

Desta forma, tendo sido comprovado que o fundamento do ágio gerado nas operações em análise foi a expectativa de rentabilidade futura, conforme estudo elaborado por instituto especializado e posteriormente ratificado por laudo de avaliação elaborado por auditores independentes, que não foram, em nenhum momento, desqualificados pela Autoridade Fiscal, impõe-se, o afastamento de tal motivação para fins das glosas das despesas com ágio.

### **Parcela do custo de aquisição suportado pela CCSA seria referente a pagamentos feitos entre os anos de 2006 a 2013**

Além das alegações acima mencionada, a fiscalização buscou sustentar a glosa das parcelas da amortização fiscal do ágio com base na afirmação de que este, no momento da integralização do aumento do capital da Recorrente, não havia sido integralmente pago pela CCSA. A decisão recorrida afastou essa alegação, com os seguintes argumentos:

*Com relação aos pagamentos efetuados pela compradora CCSA entre os anos de 2006 a 2013, ou seja, após o início da dedução do ágio pela contribuinte, tem-se que tal fato restou consignado no contrato de compra e venda (item 1.4, fls. 1.912 a 2.080) e esta obrigação foi devidamente escriturada pela CCSA. Ou seja, o custo da aquisição do investimento foi devidamente registrado nos assentamentos contábeis da compradora. Destarte, se todas as demais condições para a amortização do ágio estivessem atendidas, o fato do pagamento ter sido realizado em parcelas após o início da dedução em nada influenciaria a questão.*

Penso que as razões adotadas pela decisão recorrida devem prevalecer, afastando-se assim as conclusões da fiscalização.

De fato, a circunstância de parcela do preço acordado entre a CCSA e as vendedoras ter sido quitada em momento posterior à transferência das ações das empresas Gabys à Recorrente não possui qualquer impacto no custo de aquisição desses investimentos.

Isso porque, o custo de aquisição de um ativo é equivalente ao sacrifício suportado por uma entidade para adquirir determinado bem ou direito, conforme explica Ricardo Mariz de Oliveira<sup>1</sup>:

**Assim, quando ela emprega recursos do seu ativo, ou incorre em dívidas, para aquisição de um bem ou direito, na verdade não está tendo despesas (nem prejuízo, nem perda), pois está investindo para ter a propriedade do referido bem ou a titularidade do referido ativo, ou os recursos de uma dívida, para fazer a aquisição. Neste caso, ela tem um custo, correspondente ao montante que empregou, ou à dívida que contraiu, para a obtenção do bem”.**

Deste modo, considerando-se que a situação patrimonial de determinada entidade é composta pelo seu conjunto de direito e obrigações<sup>2</sup>, é evidente que o custo de aquisição comporta tanto a redução de um direito/ativo (e.g. entrega de caixa), quanto da assunção de uma obrigação/passivo (e.g. contratação de uma dívida).

Portanto, o custo de aquisição suportado pela CCSA na aquisição das ações das Gabys contempla tanto o valor das contraprestações referentes à (i) entrega de direitos/ativos,

<sup>1</sup> In Fundamentos do Imposto de Renda, 2008, pág. 671.

<sup>2</sup> Neste sentido, Ricardo Mariz de Oliveira explica que " Em suma, para a lei civil (e, por consequência, para o Direito Tributário), o patrimônio é formado por todos os direitos de qualquer natureza, detidos por uma determinada pessoa, e por todas as obrigações dessa mesma pessoa, desde que tais direitos e obrigações tenham conteúdo econômico. Ou, em outras palavras, o patrimônio se constitui por todas as relações jurídicas de uma pessoa, que lhe atribuam direitos e obrigações com valor econômico." In fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo. Quartier Latin, 2008, pág. 70.

quanto (ii) a obrigação/passivo assumido em decorrência do Contrato de Venda de Ações, o qual, conforme reconhecido pela própria Autoridade Lançadora, foi pago durante os anos de 2006 a 2013.

À propósito, deve-se dizer que a própria Receita Federal do Brasil, através da Solução de Consulta COSIT nº 3, de 22/01/2016, se manifestou no sentido de que o custo de aquisição, para fins de apuração do ágio, é composto não apenas pelo descaixe direto de recursos financeiros, mas também por meio de outros tipos de contrapartida, como, por exemplo, a assunção de obrigações/passivos. Confira-se:

**34. Não é obrigatório o descaixe direto de recursos financeiros pelo investidor.** Com efeito, a aquisição acionária por ser feita através de outras formas de integralização, como o oferecimento de bens ou ações, a **assunção de passivos** e emissão e entrega de instrumentos de capital ou o conjunto combinado de mais de um **dos tipos de contraprestação**".

(g.n.)

Portanto, também por este fundamento, deve-se a glosa de despesa com ágio ser revertida.

### **Laudo de avaliação teria sido elaborado após a aquisição da participação societária detidas pelas vendedoras**

O Fisco assim se manifestou sobre esse tópico:

*“a empresa CCC contratou a empresa KPMG Corporate Finance Ltda. para a realização de um Estudo de valor das empresas Gaby1 Holding, LLC, Gaby2 Holding, LLC Gaby3 Holding, LLC, realizado apenas em 18/06/2010, após o início da fiscalização do processo nº 10880.721.862/2010-45, que iniciou a auditoria deste ágio, lapso temporal muito dilatado, da data em que ocorreram as transações e com o objetivo de tentar justificar o fundamento econômico da expectativa de rentabilidade futura, que possibilitava a benesse da amortização do ágio.” (fls. 14 e 15 do TVF)*

Equivoca-se o Sr. Agente Fiscal. O ágio em debate está respaldado em estudo econômico realizado pelo Banco Goldman Sachs e compreendo que ele é o bastante para comprovar a existência do ágio pago na aquisição das Gabys, com base na expectativa de rentabilidade futura.

O laudo elaborado pela KPMG, apesar de ser elemento de prova, serve apenas como uma segunda opinião acerca do preço pago, ratificando aqueles estudos, de que o ágio pago foi com base na expectativa de rentabilidade futura.

Importante realizar algumas considerações a respeito do laudo da KPMG, citado pela Fiscalização às fls. 14 e 15 do Termo de Verificação Fiscal, para avaliar a empresa Loma Negra.

De fato, em 18 de junho de 2010, a KPMG apresentou à Recorrente um laudo a respeito da expectativa de rentabilidade futura das empresas Gabys, adotando como data base o dia 30 de novembro de 2005. Este laudo, pelo me parece, representa uma formalização do estudo anterior, realizado em 2005, pelo Banco Goldman Sachs. É de se ver trechos abaixo extraídos do próprio laudo:

*“A Administração da CC solicitou à KPMG Corporate Finance Ltda (“KPMG”) a formalização do estudo de rentabilidade futura das operações da Loma Negra, elaborados pelo Gruo Camargo Corrêa e assessores financeiros, quando à época da Transação, e estudo de valor das Gabys, com o objetivo de identificar que parcela dos ágios registrados pela CCC tem fundamento econômico”.*

(...)

*“... o escopo do trabalho não inclui a elaboração de nova avaliação econômico-financeira da Loma Negra, assim como das Empresas, mas apenas a formalização do estudo de rentabilidade futura feito quando da Transação”.*

Veja-se que este laudo elaborado pela KPMG em 2010 serviu apenas à formalização dos estudos que respaldaram a aquisição das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e o respectivo ágio, feitos pelo Banco Goldman Sachs.

Desta forma, penso demonstrado que além do ágio amortizado pela Recorrente se encontrar fundamentado em expectativa futura, ele foi devidamente apoiado em estudos econômicos, posteriormente ratificados por laudo de avaliação.

Portanto, não prospera a pretensão da Autoridade Fiscal de maculá-lo para fins de glosas da amortização do ágio em discussão.

Assim, diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar alegada e, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar integralmente a exigência.

### **Demais alegações**

É objeto também do recurso voluntário a glosa da amortização do ágio em relação à CSLL e o cancelamento da multa isolada (art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/1996), em face das estimativas que deixaram de ser recolhidas em função da infração apurada. Em face das razões acima descritas, cai por terra essas discussões.

Como fui vencido no mérito, passo ao exame das duas matérias, a seguir delineadas.

### **Ágio em relação à CSLL**

A contribuinte protesta o cancelamento da autuação na CSLL por falta de previsão legal para a adição ao lucro líquido do valor correspondente à amortização do ágio em tela; que o legislador ao determinar a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva, fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2º e §§, da Lei nº 7.689/88) não elencou, como hipótese de adição ao lucro líquido, a amortização do ágio.

Não obstante, a decisão recorrida manteve a glosa da CSLL, sob o argumento de que a decisão relativa ao IRPJ aplica-se ao auto de infração de CSLL, a não ser que haja disposição expressa em sentido contrário, de acordo com o que prevê o art. 57 da Lei nº 8.981/1995, sob às luzes de sua interpretação. Para maior clareza, transcrevo o trecho a seguir, extraído da referida decisão:

*As alegações da contribuinte não merecem prosperar.*

*A apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL parte do mesmo ponto, ou seja, do lucro líquido. Tendo o mesmo ponto de partida, observam os dois tributos, no geral, as mesmas regras quanto a adições e exclusões ao lucro líquido, na linha do disposto no art. 57 da Lei nº 8.981/1995:*

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

*Diante da clareza do texto legal, é possível concluir que só haverá diferença no tratamento de adições e exclusões do IRPJ e da CSLL quando, nesse sentido, houver disposição expressa. Portanto, na ausência de disposição legal, presume-se que a mesma adição imposta para o IRPJ deve ser observada na apuração do lucro tributável relativo à CSLL.*

Penso que este entendimento merece ressalvas.

Primeiramente, vale nova transcrição do dispositivo de lei:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei n. 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, **mantidas a base de cálculo** e as alíquotas **previstas na legislação em vigor**, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei n. 9.065, de 1995)

Ora, conforme se verifica, ao contrário do que afirma a decisão de primeira instância, o art. 57 da Lei n.º 8.981/1995 não autoriza, de forma alguma, a aplicação indiscriminada ou automática, das disposições regentes do Imposto de Renda na verificação dos contornos de incidência d CSLL, pois preserva, expressamente, os ditames próprios da definição de sua base de cálculo, de forma como realizado pelas disposições até então vigentes, mantendo, assim, as normas contidas na Lei n.º 7.689/88, nos termos por ela regidos.

Observe-se que tal dispositivo não autoriza que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ, vez que determina apenas que as normas de apuração e pagamento do IRPJ sejam extensíveis à CSLL, ou seja, prazos de pagamento, apuração trimestral, mensal, juros, etc. aplicáveis ao IRPJ serão aplicáveis à CSLL. No entanto, expressamente ressalva que a base de cálculo e as alíquotas aplicáveis à CSLL serão aquelas previstas na legislação própria dessa contribuição.

Com efeito, para admitir como válida qualquer exclusão e/ou adição na apuração da base de cálculo da CSLL, faz-se essencial a existência de legislação especificamente a ela relacionada, sem a qual, estar-se-ia admitindo a possibilidade de interpretação ampliativa de normas restritivas de direito, o que, definitivamente, não tem qualquer cabimento em nosso ordenamento jurídico pátrio.

De fato, muito embora a CSLL seja, assim como o IRPJ, tributo incidente sobre o lucro dos contribuintes, certo é que para ela existem normas específicas que tratam das adições e exclusões ao lucro líquido para fins de determinação de sua base de cálculo, as quais, nem sempre, são as mesmas aplicáveis ao IRPJ.

O que existe de comum entre os tributos em questão, e não é nada mais do que isso, são apenas as mesmas regras de apuração e pagamento.

Diferentemente do que sustenta a Turma Julgadora, apesar de possuírem as mesmas regras de apuração e pagamento, os referidos tributos não observam as mesmas regras de dedutibilidade de despesas.

Nesse sentido, cite-se, por oportuno, trecho do voto proferido no Acórdão n.º 101-94.286, que reconhece a diferença entre a apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL:

*“É inequívoco que a base de cálculo da contribuição social instituída pela Lei n.º 7.689/1988, conforme definida no art. 2º do mesmo diploma legal, com a alteração introduzida pelo art. 2º da Lei n.º 8.034/1990, é distinta daquela fixada para o imposto de renda de pessoa jurídica. Assim, despesas ou encargos contabilmente apropriados, para efeito de apuração do resultado comercial da pessoa jurídica, ainda que considerada não dedutíveis para os efeitos do IRPJ (no caso, por se submeterem a*

*tributação em separado), nem por isso deixariam de ser considerados na apuração da base de cálculo da Contribuição Social. Para esta, ao lucro dos diplomas legais mencionados, bem do art. 13 da Lei n. 9.249/1995. Outras exclusões, ainda que pertinentes ao IRPJ, não o são para efeitos da contribuição em questão, por absoluta falência de amparo legal.” (g.n.).*

Com efeito, o legislador ao determinar a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva (*numerus clausus*), fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2º, da Lei nº 7.689/88 – citado, inclusive, no auto de infração), **não elencou, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.** Confira-se:

*“Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.*

*c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:*

- 1. exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;*
- 2. exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computado como receita;*
- 3. exclusão do lucro decorrente de exportações incentivadas, de que trata o art. 1º, § 1º do Decreto-Lei nº 2.413, de 10 de fevereiro de 1988, apurado segundo o disposto no art. 19 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e alterações posteriores; (Revogado pela Lei nº 7.856, de 1989)*
- 4. adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido.*
- 5. exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)*
- 6. exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base.”*

Note-se que a única adição permitida ao resultado do exercício, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, está prevista na alínea 4, qual seja: **a adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido.**

Assim, não havendo previsão específica relacionada à apuração da base de cálculo da CSLL, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

Logo, devem ser canceladas as glosas efetuadas.

### **Multa Isolada pelo Não Recolhimento das Estimativas Mensais**

Esclarece-se que a recorrente contesta a exigência da multa isolada (art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/1996), em face das estimativas que deixaram de ser recolhidas em função das infrações apuradas, sob o argumento da inaplicabilidade de multa isolada após o encerramento do exercício, bem como da impossibilidade de concomitância, pois, neste último caso, representaria dupla penalização sobre o mesmo fato.

Entendo que, neste ponto, lhe assiste razão.

A multa isolada aplicada tem como origem as diferenças entre as base de cálculo mensais apuradas pela recorrente e pela fiscalização, e decorre das glosas efetuadas em procedimento de fiscalização, que constatou entre outras infrações, deduções indevidas de despesas/custos na apuração do lucro real do período. Logo, não decorre do não recolhimento de estimativas mensais apuradas e declaradas pelo contribuinte optante do lucro real anual.

As discussões relacionadas à multa isolada devem levar em conta o motivo que leva a autoridade fiscal aplicar a referida multa isolada, pois ela não se destina a punir casos de infrações apuradas e relacionadas à omissão de receita, deduções indevidas de despesas, exclusões não autorizadas ou falta de adição ao lucro líquido. Nessas infrações, devem ser aplicada apenas a multa de ofício.

Esta multa isolada foi instituída para punir contribuintes que, tendo optado pelo lucro real anual para cálculo do IRPJ e da CSLL, deixavam de recolher as estimativas mensais. É que encerrado o ano base, já não é juridicamente possível exigir as estimativas, vez que elas possuem natureza de antecipação do tributo a ser apurado no final do período. Assim, encerrado o período, o Fisco só pode exigir o valor devido e não as antecipações. Em outras palavras, para que a norma que determina o recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa seja imperativa, e não reduzida a mera recomendação, instituiu-se a multa isolada, com o propósito específico de punir o descumprimento da norma que impõe a estes contribuintes o recolhimento mensal por estimativa.

Por isso, a aplicação da referida multa isolada deve limitar-se apenas ao caso em que foi concebida. Aplicá-la a casos de cometimento de infração relativas às glosas de despesas efetuadas em procedimento de fiscalização, ou qualquer outra hipótese acima referida, é uma forma de exacerbar a penalidade, a meu ver, sem previsão legal.

De outra banda, ainda que se entenda haver previsão legal para esses casos, tanto o CARF como o STJ possuem entendimento, no sentido de afastar a exigência da multa isolada, pelo princípio da consunção.

Com efeito, inexistente previsão legal para aplicação de multa isolada que não decorre do não recolhimento de estimativas mensais apuradas e declaradas pelo próprio contribuinte optante do lucro real anual.

Por outro lado, na hipótese de considerar existente tal previsão, deve ser afastada a exigência da multa isolada pelo princípio da consunção, pois não se deve admitir como razoável a cumulação de multas, devendo a infração prevista no inciso II ser absorvida pelo hipótese prevista no inciso I (de acordo com a redação dada pela Lei 11.488/2007 ao art. 44 da Lei 9.430/96).

Vale dizer, a cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa não recolhida, apurada em procedimento de fiscalização. Admitir o contrário, estaria-se a permitir que duas penalidades incidissem sobre uma mesma base de cálculo, o que é vedado pelo sistema jurídico.

Sobre o tema, precisas as colocações do Conselheiro Marcos Takata em voto proferido no Acórdão n.º 1103.001-097:

É de cartesiana nitidez, para mim, que a aplicação da multa de ofício de 75% sobre o valor não pago do IRPJ e da CSL efetivamente devidos, cobráveis juntamente como esses, exclui a aplicação da multa de ofício de 50% (multa isolada) sobre o valor não pago do IRPJ e da CSL mensal por estimativa, do mesmo ano-calendário.

Isso, seja por interpretação lógica dos preceitos citados (aliás, para além disso, pode-se dizer que é corolário lógico), seja por interpretação finalística do art. 44, I e II da Lei n.º 9.430/96.

Apenando o continente, desnecessário e incabível apenas o conteúdo. Se já se penaliza o todo, não há sentido em se penalizar também a parte do todo. Noutros termos, é aplicação do princípio da consunção em matéria penal.

Como penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo? Isso seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos)."

O STJ possui o entendimento semelhante a este, ou seja, entende que a aplicação da multa de ofício afastaria, pelo princípio da consunção, a multa isolada. Confira-se decisão proferida no REsp n.º 1.496.354/PR:

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.*

*1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de cumulação das multas dos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/96 no caso de ausência do recolhimento do tributo.*

*2. Alegação genérica de violação do art. 535 do CPC. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.*

*3. A multa de ofício do inciso I do art. 44 da Lei n. 9.430/96 aplica-se aos casos de "totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata".*

*4. A multa na forma do inciso II é cobrada isoladamente sobre o valor do pagamento mensal: "a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007) e b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei n. 11.488, de 2007)".*

*5. As multas isoladas limitam-se aos casos em que não possam ser exigidas concomitantemente com o valor total do tributo devido.*

*6. No caso, a exigência isolada da multa (inciso II) é absorvida pela multa de ofício (inciso I). A infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade.*

*Princípio da consunção.*

*Recurso especial improvido.*

*(STJ, REsp 1496354/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015)*

Do voto condutor da decisão, da lavra do eminente Ministro Humberto Martins, se pode extrair o trecho abaixo:

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

*Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais, ainda que configurem obrigações de pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.*

*As hipóteses do inciso II, "a" e "b", em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos caso ali descritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.*

*As chamadas "multas isoladas", portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser as multas exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.*

*Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende reprimir com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.*

*Em se tratando as multas tributárias de medidas sancionatórias, aplica-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente.*

*O princípio da consunção (também conhecido como Princípio da Absorção) é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas. Segundo tal preceito, a infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade.*

*Sob este enfoque, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo."*

Assim, ao abrigo do princípio da consunção, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, 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.

Logo, a interpretação (aparente) do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa do que o ilícito principal.

Noutras palavras, as expressões "isolada" ou "conjuntamente" (com o tributo não pago) são apenas formas pelas quais podem ser exigidas as penalidades, e indicam de fato hipóteses autônomas da aplicação das multas, mas, não podem incidir concomitantemente.

Assim, nesses termos, afasta-se a exigência da multa isolada pelo não recolhimento de estimativas, devendo ser mantida apenas a multa de ofício.

## **DA ANÁLISE DO RECURSO DE OFÍCIO**

Quanto à admissibilidade do recurso de ofício, deve-se ressaltar que a Portaria ME nº 2, de 17 de janeiro de 2023, estabeleceu novo limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ). Confira-se:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar

sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

No caso em tela, somando-se os valores exonerados em primeira instância, verifico que superam este limite, estabelecido pela norma em referência. Portanto, conheço do recurso de ofício.

Quanto ao exame de mérito deste recurso, verifica-se que a DRJ cancelou a qualificação da multa de ofício reduzindo para 75% e afastou a responsabilidade tributária dos Srs. Ricardo Fonseca de Mendonça Lima, José Edison Barros Franco, Carlos Pires Oliveira Dias, Luiz Roberto Ortiz Nascimento, Raphael Antonio Nogueira de Freitas, Carlos Antonio Rossi Rosa, Flavia Buarque de Almeida, Marcelo Pereira Malta de Araújo, Albrecht Curt Reuter Domenech, Vitor Sarquis Hallack e André Pires Oliveira Dias. Vejamos os tópicos:

### **Da Multa Qualificada**

A DRJ desqualificou a multa de ofício, nos seguintes termos:

#### **Multa Qualificada**

No relatório Fiscal o autor do feito informa que desde o início a CCSA teve a clara intenção de transferir o ágio na aquisição das empresas argentinas para a contribuinte, uma vez que a CCSA não tinha resultados relevantes da sua própria atividade. Que controladora e controlada tinham perfeita consciência do que faziam e assumiram os riscos. Que a conduta da impugnante se enquadra no disposto do artigo 72 da Lei 4.502/64 motivando a duplicação da multa de ofício.

Peço vênica para discordar da autoridade lançadora.

O artigo 72 da Lei 4.502/64 diz que: "Fraude é tãda ação ou omissã dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributãria principal, ou a excluir ou modificar as suas característias essenciais, de modo a reduzir o montante do impãsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento".

Como visto acima, embora a transferênciã do investimento da CCSA para a impugnante não permitiu, a esta, a deduãõ do ágio. As ações realizadas entre as duas (transferênciã de investimento a título de aumento de capital e pagamento de dívidas) estão de acordo com a legislaãõ de regênciã. Tendo em vista que é a CCC que explora as atividades das empresas adquiridas, entendo que o rearranjo societãrio restou provido de causa, não justificando a aplicaãõ da multa de ofício em 150%, devendo a mesma ser reduzida para o patamar de 75%.

Penso que a decisãõ não merece reparos.

De fato, não há que se falar em fraude, na percepãõ do artigo 72 da Lei n.º 4.502/64.

Para avaliar a pertinênciã da aplicaãõ da multa qualificada, deve-se analisar a norma a que ela se vincula e decidir se a conduta da Interessada (ou do Grupo) coincide com os pressupostos condicionantes da sanãõ. A qualificaãõ da multa encontra-se prevista no art. 44 da Lei n.º 11.488/2007, a seguir reproduzido:

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

*I- de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferenãa de imposto ou contribuãõ nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaraãõ e nos casos de declaraãõ inexata;*

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

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

Como se vê, é a presença de dolo o fator comum na descrição das hipóteses em que aplica-se o percentual de 150%. Veja-se transcrição dos dispositivos legais referenciados no §1º do artigo acima transcrito:

*Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

*Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.*

*Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.*

Para a qualificação da multa, é necessário e suficiente que se certifique a presença isolada de um dos três institutos citados (sonegação, fraude ou conluio).

À luz dos elementos trazidos aos autos, não parece caber dúvida de que a contribuinte praticou uma ação que repercutiu diretamente em características do fato gerador, no sentido de diminuir ou *quantum* a ser recolhido a título de tributo. Porém, em face do que prevê a norma jurídica acima transcrita, exige-se, adicionalmente, que tal ação tenha sido dolosa. Assim, é na existência do elemento subjetivo “dolo” na ação do contribuinte que se resume a questão da qualificação da multa.

Exige-se elementos que comprovem não apenas que a ação do contribuinte estivesse direcionada à obtenção de um resultado específico (redução no pagamento de tributos), mas que, ademais, estivesse presente a consciência do caráter ilícito da(s) ação(ões) empreendidas para obtê-lo.

No caso em tela, a consciência quanto à subsunção ao tipo penal não foi caracterizada pela autoridade lançadora. O contribuinte, insiste na legalidade de todas as operações que efetuou, fundamentando sua convicção tanto nos dispositivos legais, que entende suportar os atos praticados, quanto em jurisprudência e doutrina.

Inegável que o tema do aproveitamento tributário do ágio originado em reorganizações societárias em relações intragrupos é polêmico e tem gerado manifestações no meio jurídico em ambos sentidos: considerando-o conforme a lei ou contrário a lei. A existência de controvérsia nos diversos foros é, ao meu ver, evidência suficiente para sustentar a existência de interpretações factíveis que, não obstante, incompatíveis, preenchem a “moldura legal” fixada pela norma. Os limites definidos pela lei comportam espaço para interpretações divergentes. O entendimento da autoridade tributária da ilicitude da operação (ou, mais precisamente, do aproveitamento fiscal do ágio gerado em tais operações) é passível de contestação, como o fez o contribuinte.

Nestes termos, cabe a imposição da multa de 75% prevista no inciso I do artigo 44 da Lei nº 11.488/2007, mas não a sua qualificação.

## Da Responsabilidade Tributária

A DRJ afastou a responsabilidade tributárias dos coobrigados indicados, todas pessoas físicas, nos seguintes termos:

### Responsabilização Solidária

De acordo com o relatório Fiscal, o autor do feito não justificou a responsabilização solidária por excesso de poderes, infração de lei, Contrato Social ou Estatuto, de Ricardo Fonseca de Mendonça Lima, José Edison Barros Franco, Carlos Pires Oliveira Dias, Luiz Roberto Ortiz Nascimento, Raphael Antonio Nogueira de Freitas, Carlos Antonio Rossi Rosa, Flavia Buarque de Almeida, Marcelo Pereira Malta de Araújo, Albrecht Curt Reuter Domenech, Vitor Sarquis Hallack e André Pires Oliveira Dias, se limitando em dizer que:

"Por último, cumpre informar que os contribuintes PF integrantes do Conselho de Administração e o Diretor-superintendente do Fiscalizado a data das operações societárias ocorridas em 30/11/2005 e 01/12/2005 e a data da ocorrência dos fatos geradores do presente Auto de Infração serão considerados como Responsáveis Tributários Solidários.

Os primeiros, por terem tomado parte de toda a engenharia societária que resultou na possibilidade da amortização do ágio nos resultados do Fiscalizado.

Os segundos, por continuarem amortizando o ágio no exercício de seus cargos durante o período fiscalizado."

Nos termos do art. 135, III do CTN, a sujeição passiva solidária exige indicação de ato de infração à lei ou ao contrato social, acompanhada de provas que demonstrem de forma inequívoca a atuação pessoal do sujeito responsabilizado ao referido ato. Portanto, a indicação de responsabilização solidária deve ser afastada.

Também não há reparos a fazer, pois de acordo com o artigo 135 do CTN, para que a responsabilidade lá prevista seja atraída, imprescindível que o terceiro imputado haja em nome da pessoa jurídica, dolosamente, com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatuto, e no caso, isso não ocorreu no caso em tela.

Como se viu, a discussão quanto à dedutibilidade das despesas de amortização de ágio pela Recorrente, longe de evidenciar qualquer tipo de ação dolosa, corresponde, quando muito, a um mero conflito de qualificação de fatos e da interpretação do Direito a eles aplicável, não ensejando, portanto, qualquer possibilidade de o Fisco considerar que houve atos praticados com excesso de poderes ou de forma contrária à legislação. A própria penalidade de 150%, como visto, foi afastada, por considerar que o contribuinte não agiu com dolo.

Assim, não se tratando de um caso que envolva qualquer ato doloso, resultando, inclusive, no afastamento da penalidade qualificada desde a DRJ, é evidente que o afastamento da responsabilização solidária é medida que se impõe.

Tanto à doutrina, quanto à jurisprudência, se posicionam no sentido de que o mero inadimplemento de obrigação fiscal não constitui infração legal para os fins de responsabilização dos administradores a que se reporta o artigo 135, III, do CTN. Sobre o assunto, confira-se lição de Hugo de Brito Machado<sup>3</sup>:

"Questão de grande relevância, em matéria de responsabilidade tributária, consiste em determinar o alcance do art. 135, inciso III, do CTN, e assim saber em que

<sup>3</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 112-sgs.

circunstâncias os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado respondem pelos créditos tributários dos quais sejam estas contribuintes.

(...)

Também não basta ser diretor, ou gerente, ou representante. É preciso que o débito tributário em questão resulte de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. (...)"

Na mesma linha, o E. Superior Tribunal de justiça (STJ) publicou a Súmula n.º 430<sup>4</sup> e, seguindo a sistemática de **recursos repetitivos**, a Corte pacificou o entendimento de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal para fins de responsabilização do sócio-gerente, cabendo ao Fisco provar o excesso de poderes ou infração à lei ou ao contrato/estatuto social da empresa a fim de responsabilizá-lo.

Assim, com estes fundamentos, nega-se provimento ao recurso de ofício.

### Conclusão

Assim, diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar alegada e, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar integralmente a exigência. Como fui vencido no mérito, em relação à matéria da glosa da amortização do ágio em relação à CSLL, voto por cancelar as glosas efetuadas; e no que atina à multa isolada em face das estimativas que deixaram de ser recolhidas em função da infração apurada, voto por cancelar a referida multa.

Quanto ao recurso de ofício, voto no sentido de negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza

---

<sup>4</sup> "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente."

Fl. 46 do Acórdão n.º 1301-006.317 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária  
Processo n.º 16561.720154/2017-52

## Voto Vencedor

Conselheiro Iágaro Jung Martins, Redator designado.

Em que pesem os argumentos trazidos pelo i. Relator, entendeu a Turma, por voto de qualidade, com a sistemática da Medida Provisória n.º 1.160, de 12 de janeiro de 2023, negar provimento ao Recurso Voluntário em relação às seguintes matérias (i) ágio transferido; (ii) ágio em relação à CSLL; e (iii) multa isolada pelo não recolhimento das estimativas mensais.

Passa-se a discorrer sobre as razões de cada matéria:

### a) Ágio transferido

Como bem registrado no voto vencido, a questão que permaneceu sobre o ágio foi exclusivamente relativamente à transferência dessa parcela para a Recorrente, que buscou deduzir esse valor da base de cálculo do IRPJ, visto que as aquisições das empresas Gaby 1, Gaby 2 e Gaby 3 não foi feita por ela, mas sim pela CCSA.

Não foi objeto do Recurso Voluntário, portanto, os argumentos atinentes à fundo do comércio adquirido e intangíveis, parcela do custo de aquisição suportado pela CCSA, que seria referente a pagamentos feitos entre os anos de 2006 a 2013 e laudo de avaliação teria sido apresentado em momento muito superior ao da transação, afastados pela r. decisão.

O i. Relator entendeu não inexistir disposição expressa na Lei n.º 9.532, de 1997, que vede a transferência de ágio ou indique a perda da possibilidade de amortização do ágio, na hipótese de eventual diferença de titularidade desse direito.

Repisa-se os art. 386 do RIR/99:

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

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 n.º 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei n.º 9.718, de 1998, art. 10):

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

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

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

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

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

I - será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

II - poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

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

- I - o 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.

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).  
(g.n.)

A figura do ágio é antiga no ordenamento brasileiro e adquiriu grande relevo com a Lei nº 8.031, de 1990, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização. Com a edição do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, passou-se a admitir que o ágio pago nas aquisições das empresas (públicas ou privadas) pela holding fosse aproveitado pela empresa adquirida, visto que nas holdings, via de regra, não era possível a amortização do ágio, pois o resultado dessas empresas é majoritariamente decorrente de equivalência patrimonial, que é neutra tributariamente. Com o advento da Lei nº 9.532, de 1997, nasceram as incorporações reversas, quando a controlada incorpora sua controladora.

O art. 7º da Lei nº 9532, de 1997, que dá fundamento ao referido art. 386 do então regulamento do imposto de renda (RIR/99), estabelece três condições para amortização do ágio:

- i. pagamento de ágio;
- ii. ágio com fundamento em rentabilidade futura da coligada ou controlada; e
- iii. amortização do ágio por quem efetivamente o pagou (aspecto subjetivo).

No caso concreto, verifica-se que a Recorrente não cumpriu o terceiro requisito, isto é, não foi ela quem pagou o ágio objeto de amortização.

O núcleo normativo estabelece o benefício de amortização do ágio à **pessoa jurídica que adquirir o patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão.**

Diferentemente do entendimento do i. Relator, a lei estabelece uma forma de exclusão parcial da base de cálculo do imposto, análoga à isenção, ao permitir que o valor de ágio reduza o tributo devido, trata-se, sem dúvida alguma, de um incentivo tributário, logo, não há como ampliar a hipótese de amortização para situação não prevista em lei.

É fato incontroverso que a aquisição das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 foi efetuado por terceira empresa (CCSA) e não pela Recorrente.

Quando a CCSA, investidora originária, transfere a terceiros a participação adquirida pelo ágio, deixa de existir a hipótese de redução da base de cálculo do imposto via amortização do ágio, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

Essa posição, inclusive em relação à Recorrente e ao mesmo tema, em relação aos anos-calendário 2006 e 2007, foi objeto de análise por essa Turma, que assim se manifestou:

#### ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão legal para transferência do ágio da real investidora para outra empresa do grupo. A amortização de despesa do ágio só é possível quando há confusão patrimonial entre a real investidora e a empresa investida, adquirida com ágio.

(Acórdão nº 1301-003.935, sessão 11.06.2019, relatora Giovana Pereira de Paiva Leite)

Destaca-se o seguinte excerto daquele julgamento:

Do ponto de vista pessoal, o evento de incorporação do patrimônio deve envolver a investidora originária ou a real investidora e a investida, não podendo ser utilizadas outras pessoas jurídicas em razão de reorganizações societárias. Transcrevo trecho do acórdão n.9101- 003.397:

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

Com efeito, não há subsunção dos fatos ao art.386 do RIR/99, para fins de amortização de ágio, uma vez que o evento de absorção do patrimônio das Gabys (investidas) não se dá mais pela investidora originária (CCSA), mas sim pela CCC (autuada), em razão de operação societária na forma de aumento de capital com ações das Gabys e pagamento de dívida da CCSA.

Em relação ao aspecto material, o I. Conselheiro André Mendes de Moura, relator do acórdão supracitado, defende que há de se consumir a confusão do patrimônio entre investidora e investida, conforme caput do art. 386 (pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...). Com a confusão patrimonial, restaria aperfeiçoado o encontro de contas entre o real investidor e investida, e a amortização de ágio passaria a ser autorizada, com reflexo na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

No mesmo modo naquele processo, que tratou do mesmo contribuinte e das mesmas operações societárias, não é possível nos presentes autos, autorizar a amortização de despesa de ágio pela Recorrente, posto que não foi ela quem adquiriu a Loma Negra na Argentina. O ágio lhe foi "transferido" através de operação de aumento de capital. Não obstante a "transferência", remanesce a impossibilidade de amortização do ágio, uma vez que não houve a confusão patrimonial entre a real investidora e investidas.

Por essas razões, deve ser negado o Recurso Voluntário em relação ao ágio transferido, posto não ser possível a amortização por terceira pessoa jurídica que não tenha adquirido o investimento com ágio.

#### **b) Dedutibilidade do ágio em relação à CSLL**

Sobre esse ponto, entendeu o Relator que o art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, não autorizaria a aplicação indiscriminada ou automática, das disposições regentes do Imposto de Renda na verificação dos contornos de incidência da CSLL. Além disso, entendeu que o legislador, ao determinar a base de cálculo da CSLL, o fez de forma exaustiva (*numerus clausus*), fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (art. 2º, da Lei nº 7.689, de 1988, não abordando, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

A Decisão recorrida concluiu que, com base no art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, são válidas as orientações contidas na IN SRF nº 390, de 2004, em especial aquelas destinadas ao tratamento do ágio e sua amortização, que são as mesmas aplicadas ao IRPJ (art. 384 e seguintes do então RIR/99).

Essa, contudo, não foi o entendimento que prevaleceu na Turma.

Há disposição expressa em lei para adoção das mesmas regras de apuração do IRPJ para fins de apuração da CSLL.

O caput do art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, tem a seguinte redação:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) **as mesmas normas de apuração** e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995) (g.n.)

Veja-se, o dispositivo não fala em regras análogas, mas de aplicação das mesmas regras, logo, não se está aqui a aplicar a regra no art. 108, I, do CTN, que seria vedado para exigência de tributo.

A IN SRF nº 390, de 2004, aplicável a época dos fatos (posteriormente revogada pela IN RFB nº 1.700, de 2017, que consolidou normas de apuração da CSLL, PIS e da Cofins após a Lei nº 12.973, de 2014), orientava sobre as regras a serem seguidas pelas pessoas jurídicas

que adquirem investimentos avaliados pelo patrimônio líquido para fins de apuração da CSLL. Na prática, a referida instrução repetia os mesmos termos da legislação do IRPJ quanto ao registro e ao tratamento a ser dispensado ao ágio e ao deságio, e respectiva amortização.

Posição semelhante foi adotada nos seguintes julgados:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2008 CSLL.

[...]

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. CABIMENTO.

As disposições legais sobre a amortização do ágio remetem à apuração do lucro real, seja para determinar a neutralidade dos seus efeitos, seja para autorizar a sua consideração na base de cálculo do IRPJ nos casos que especifica, de sorte que, ou bem se aplicam todas as disposições (sobre o ágio) para a apuração para a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (seja para adicionar a amortização do ágio à base da CSLL, seja para sua consideração no resultado nas hipóteses legais cabíveis) ou se considera que, à míngua de qualquer menção à CSLL nos textos legais, a amortização do ágio não pode repercutir em nenhum momento em sua base de cálculo. Se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, conclui-se que a amortização que reduz o ágio/deságio deve compor o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, e quer este seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL.

(Acórdão n.º 1302-006.221, sessão 19.10.2022, relator Paulo Henrique Silva Figueiredo)

De fato, não faz qualquer sentido defender que as disposições do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, nomeadamente sobre os efeitos tributários da avaliação de investimentos pelo Método da Equivalência Patrimonial (MEP), em especial no que se refere à amortização do ágio, não encontrem eco na apuração da CSLL, apenas por serem feitas algumas referências ao lucro real.

Não se pode perder de vista a perspectiva sobre a qual foi editado o DL n.º 1.598, de 1977, que teve como finalidade adaptar os novos dispositivos da então recente Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404, de 1976), à legislação do imposto sobre a renda, antes do advento da CSLL, ocorrido a partir da edição da Lei n.º 7.689, de 1988.

O DL n.º 1.598, de 1977, tem, portanto, função estruturante para determinação dos resultados das pessoas jurídicas para fins de apuração dos tributos que incidam sobre os seus resultados, estabelecendo regras gerais de contabilização e especiais para a avaliação de investimentos avaliados pelo MEP, inclusive em relação à neutralidade de seus efeitos para fins de determinação do lucro tributável.

Registre-se que a neutralidade da avaliação dos investimentos pelo MEP em relação a CSLL está plasmada nas disposições do art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º, que determinam a adição do resultado negativo e a exclusão do resultado positivo decorrentes da avaliação de investimentos pelo MEP.

Transcreve-se o art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base.

[...]

Além disso, ressalte-se posicionamento em alguns julgados deste CARF sobre a indedutibilidade da amortização do ágio na apuração da CSLL. Destaca-se esse entendimento:

Entendo que a despesa de amortização do ágio é despesa indedutível na apuração da base de cálculo da CSLL, por força dos itens 1 e 4 do dispositivo acima transcrito, os quais deixam claro a finalidade da norma de tornar o MEP neutro na apuração da CSLL. A avaliação do investimento pelo MEP influencia o cálculo da CSLL em caso de alienação ou liquidação do investimento, já que esse seria o valor contábil do investimento a ser considerado. Além disso, se assim não fosse, contrario sensu, a receita decorrente da amortização do deságio seria tributada, o que não me parece razoável, mas seria inevitável chegar a tal conclusão caso se entenda dedutível a despesa de amortização do ágio.

Note-se que, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "lato sensu" o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL, como

dispõe expressamente o dispositivo legal acima (itens 1 e 4 da alínea “c” do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88).

(Acórdão nº 1302-001.170, sessão 11.09.2013, relator Alberto Pinto Souza Junior)

Não se cogita, no caso sob análise, que se houvessem sido cumpridas as regras de dedutibilidade para amortização do ágio, que tais valores não pudessem reduzir a base de cálculo da CSLL.

Em sentido contrário e, por força dos dispositivos legais e normativo mencionados, os valores relativos ao ágio que não observarem as regras de dedutibilidade para fins do IRPJ. devem também compor a base de cálculo da CSLL.

***c) Multa isolada pelo não recolhimento das estimativas mensais***

Sobre esse ponto, entendeu o i. Relator, com base no princípio da consunção, não ser cabível a multa pelo não recolhimento da estimativa mensal, por ser essa uma etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano, que foi sancionado com multa de ofício vinculada.

Ainda que se compreenda o argumento de natureza econômica sobre a impossibilidade de incidência cumulativa das duas multas exigidas em decorrência de omissão de tributo, uma vinculada ao tributo lançado e outra isolada, incidente sobre as estimativas que deixaram de ser recolhidas em razão da omissão identificada pela Fiscalização, a solução do tema deve ser jurídica.

Há duas condutas jurídicas distintas e, para cada uma delas, o legislador ordinário previu sanções igualmente distintas. Incorrendo, portanto, o sujeito passivo nas duas condutas previstas em lei, deve ser aplicada a respectiva sanção prevista para cada uma delas.

Assim, dispõe o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996:

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

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

**II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)**

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (g.n.)

O lançamento foi efetuado com a imputação da multa isolada de 50%, com base na Lei nº 11.488, de 2007, portanto a Súmula CARF nº 105 não se aplica ao presente caso, pois editada em precedentes que analisaram lançamentos efetuados com base em legislação revogada à época do presente lançamento.

Portanto, inclusive nesse ponto deve ser mantido o lançamento.

*(assinado digitalmente)*

Iágaro Jung Martins