



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

**Processo n°** 16561.720163/2013-10  
**Recurso n°** Especial do Procurador e do Contribuinte  
**Acórdão n°** 9101-003.374 – 1ª Turma  
**Sessão de** 19 de janeiro de 2018  
**Matéria** IRPJ - DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS DE ÁGIO. NORMAS GERAIS - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.  
**Recorrentes** TELEFÔNICA BRASIL S.A.  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

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

AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

A divergência jurisprudencial somente se caracteriza quando os acórdãos recorrido e paradigma, em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à mesma legislação tributária. Se o paradigma apresentado não tratou de situação similar do recorrido, não há como caracterizar a divergência jurisprudencial em relação à matéria de responsabilização tributária.

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

### DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

### CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

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

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

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

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

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

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

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

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

#### REGRAS GERAIS DE DEDUTIBILIDADE. ÁGIO. DESPESA.

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

#### JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, em negar-lhe provimento, nos seguintes termos: (i) por voto de qualidade, em relação à despesa de amortização de ágio, vencidos os conselheiros Demetrius Nichele Macei (suplente convocado), Luís Flávio Neto, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento; (ii) por maioria de votos em relação (ii.a) à repercussão da glosa de despesa de amortização de ágio na base de cálculo da CSLL e (ii.b) à aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, José Eduardo Dornelas Souza e Gerson Macedo Guerra, que deram provimento aos dois temas. Votou pelas conclusões, em relação à CSLL, o conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Acordam, ainda, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional em relação à qualificação da multa, vencido o conselheiro Luís Flávio Neto, que não conheceu desse tema; e, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso em relação à sujeição passiva. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso fazendário, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura (relator), Rafael Vidal de Araújo e Adriana Gomes Rêgo, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Demetrius Nichele Macei. Declararam-se impedidas de participar do julgamento a conselheira Cristiane Silva Costa, substituída pelo conselheiro Demetrius Nichele Macei e, ainda, a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Redator designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Demetrius Nichele Macei (suplente convocado em substituição ao impedimento da conselheira Cristiane Silva Costa), Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado em substituição ao impedimento da conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio), Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo.

## Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL (e-fls. 16.754/16.771) e por TELEFÔNICA BRASIL S.A. (e-fls. 16.923/16.959) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1201-001.474 (e-fls. 16.688/16.752), pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 11/8/2016, na qual foi negado provimento ao recurso de ofício apresentado pela 2ª Turma da Delegacia de Julgamento de Brasília/DF, e dado provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela Contribuinte.

### Resumo Processual

A autuação fiscal (e-fls. 12453/12493), relativa aos anos-calendário de 2008 a 2012, trata de glosa de despesas de amortização de ágio que teria sido pago pela empresa contribuinte na aquisição de participação societária do Grupo Abril, em cujo negócio teria sido interposta empresa-veículo. Foram lançados autos de infração de IRPJ e CSLL, acrescidos de multa qualificada em razão do intuito doloso. Foi atribuída a responsabilidade solidária pelo crédito tributário constituído, por interesse comum, às empresas ABRIL S.A. (e-fl. 12.504/12.505) e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A (e-fls. 12.498/12.499).

A Contribuinte e os responsáveis solidários apresentaram impugnação (e-fls. 12.523/12.588; 13.378/13.463 e 15.378/15.636, respectivamente). Por um lapso do órgão de origem, a impugnação apresentada por ABRIL COMUNICAÇÕES S.A não fora anexada aos autos até a data em que a DRJ em Brasília proferiu o acórdão nº 03-60.401, em sessão realizada em 14/4/2014 (e-fls. 14.094/14.146). Por tal razão, para complementar o julgamento, a 2ª Turma da Delegacia de Julgamento de Brasília/DF, proferiu o acórdão em embargos nº 03-64.296 (e-fls. 16.224/16.230). Em síntese, nessas decisões, a Turma Julgadora de 1ª Instância negou provimento à impugnação apresentada por TELEFÔNICA BRASIL S.A, mantendo o crédito tributário lançado com a multa qualificada, e deu provimento às impugnações apresentadas por ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A., exonerando-as da responsabilidade tributária. Em razão dessa exoneração foi interposto Recurso de Ofício.

Irresignada, TELEFÔNICA BRASIL S.A apresentou Recurso Voluntário (e-fls. 14.934/15.185), ratificando a tese de defesa deduzida na impugnação. ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A., apresentaram contrarrazões ao Recurso de Ofício manejado pela Turma Julgadora de 1ª Instância (e-fls. 16.393 e ss). A FAZENDA NACIONAL também apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário da TELEFÔNICA e razões ao Recurso de Ofício manejado pela Turma Julgadora de 1ª Instância (e-fls. 16.323 e ss).

Apreciando o litígio, a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção, decidiu dar parcial provimento ao Recurso Voluntário apresentado pela Contribuinte TELEFÔNICA BRASIL S.A., apenas para reduzir o percentual da multa ao patamar de 75%. Ao Recurso de Ofício interposto pela Turma Julgadora de 1ª Instância foi negado seguimento, de forma que foi confirmada a exoneração da responsabilidade solidária de ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. (e-fls. e-fls. 16.688/16.752).

Cientificada dessa decisão a PFN interpôs Recurso Especial, alegando divergência jurisprudencial em relação: (i) à responsabilidade solidária pelo interesse comum e,

(ii) à multa qualificada (e-fls. 16.754/16.771), ao qual foi dado seguimento pelo despacho de e-fls. 16.774/16.780.

A Contribuinte, também notificada, manejou Embargos de Declaração (e-fls. 16.801/16.810). Também apresentou contrarrazões ao Recurso Especial da PFN (e-fls. 16.816/16.834), assim como ABRIL COMUNICAÇÕES S.A., em seu próprio nome e no de sua sucedida por incorporação ABRIL S.A. (e-fls. 16.844/16.906).

Os Embargos de Declaração da Contribuinte foram rejeitados pelo despacho que analisou sua admissibilidade (16.910/16.913). Cientificada desse despacho a Contribuinte TELEFÔNICA BRASIL S.A. interpôs Recurso Especial em face do Acórdão nº 1201-001.474, afirmando que o colegiado teria dado interpretação divergente à legislação tributária em relação aos temas: (i) legalidade da amortização do ágio e do uso de empresa-veículo; (ii) inexistência de previsão legal para adição, à base de cálculo da CSLL, de despesa com amortização de ágio e, (iii) impossibilidade de aplicação de juros Selic sobre multa de ofício (e-fls. 16.923/16.959). O recurso foi admitido por despacho de exame de admissibilidade (e-fls. 17.203/17.208).

A PFN apresentou contrarrazões ao Recurso Especial da Contribuinte (e-fls. 17.210/17.263)

A seguir, maiores detalhes sobre a autuação fiscal.

### **Da Autuação Fiscal**

Discorre a autoridade autuante, em resumo (e-fls. 12.453/12.493) que, em 2006 a TELEFÔNICA BRASIL S.A. celebrou com diversas empresas do Grupo Abril, a aquisição de participação em sociedades que receberiam negócios correspondentes a determinadas operações de telecomunicações. As participações nessas sociedades que receberiam os negócios em telecomunicações não foram adquiridas diretamente pela TELEFÔNICA. Em momento anterior à celebração do contrato, o Grupo Abril transferiu as referidas participações para a empresa NAVYTREE, espécie de holding do grupo, que foi integralmente adquirida pela TELEFÔNICA, momento em que surgiu o ágio e, posteriormente, incorporada pela TELEFÔNICA, que passou a amortizar o ágio.

Segundo a auditoria fiscal, tratou-se de uso típico de empresa-veículo, porque: (i) a NAVYTREE era inativa até a transferência das participações nas sociedades centralizadoras dos negócios de telecomunicações, (ii) a interposição de referida empresa não se justificaria por nenhuma das finalidades negociais previstas no contrato e, (iii) o curto intervalo de tempo entre a transferência, pelo Grupo Abril, das participações para a NAVYTREE (26/10/2007), a aquisição da NAVYTREE pela TELEFÔNICA (3/12/2007) e a incorporação da NAVYTREE pela TELEFÔNICA (17/10/2008).

Ainda, nos termos da auditoria, a participação de empresas do Grupo Abril em negócio com interposição de empresa-veículo comprova a ação intencional e em conluio de todas as partes para suprimir ilicitamente o pagamento de tributos, uma vez que o Grupo Abril também teria sido beneficiado pelo não pagamento de tributos devidos sobre ganho de capital, fazendo referência a outros processos lavrados para constituição de crédito tributário sobre tais valores.

Melhor detalhando os fatos que envolveram o negócio pactuado, o Termo de Verificação Fiscal descreve que o referido contrato (Doc. 21) foi celebrado em 29 de outubro de 2006, de um lado, pela contribuinte (antiga Telesp, atual TELEFÔNICA) e, de outro, pelas seguintes sociedades do Grupo Abril: TVASIS, AbrilCom, Tevecap e Ajato. Participaram, ainda, como "intervenientes anuentes", as sociedades Navytree, GTR, GTRT, Lightree, Lemontree, TVSP, TVAPR, TVABR e Abril. Dentre as cláusulas, foi ajustada a aquisição, pela atuada, de determinadas participações societárias minoritárias nos "Negócios de Cabo SP e Cabo ROB, bem como a aquisição dos Negócios MMDS e Banda Larga", conforme item XII do "Contrato" (Fl. 7 do Doc 21). A estrutura societária para aquisição desses "negócios" foi estabelecida no item 2.2 do citado instrumento (Doc 21, fl. 9).

Os negócios relacionados a telecomunicações, conforme a sua natureza, deveriam pertencer a três sociedades operacionais (Operadora MMDS, Operadora Cabo SP e Operadora Cabo HOB). Além dessas sociedades, duas Holdings, a Holding Cabo SP e a Holding Cabo HOB deteriam participações, respectivamente, em duas operacionais, a Operadora Cabo SP e a Operadora Cabo HOB. Por ocasião do contrato já havia sido ajustada a interposição da Holding Geral NAVYTREE, entre a adquirente TELEFÔNICA e as sociedades centralizadoras dos negócios. Mas, a fiscalização entendeu que esta operação não visou cumprir qualquer dos objetivos do modelo negocial, eis que, segundo afirma, o negócio poderia ter sido alcançado da mesma forma sem a interveniência da NAVYTREE.

A fiscalização observou que, até o momento em que a NAVYTREE recebeu as participações nas sociedades centralizadoras dos negócios, correspondia a uma sociedade apenas "no papel" (empresa de prateleira), pois, apesar de criada em 2002, há muitos anos estivera inativa, como comprovariam o ato societário de registro da Assembléia Geral Ordinária, de 30 de abril de 2007, em que consta um demonstrativo com resultado nulo para os anos calendário de 2004, 2005 e 2006 (doc 120), e as DIPJ desses mesmos períodos (doc 351 a 353).

A NAVYTREE recebeu, então, as participações de cada uma das cinco sociedades - Lightree; Lemontrec; TVSP; GTRT; e TVAPR - em consonância com o contrato, num mesmo ato, como subscrição de capital, conforme a "Ata de Assembléia Extraordinária" (doc 121), realizada em 26 de outubro de 2007, mesma ata em que ocorreu o aumento em seu capital social de R\$ 1.000,00 (mil reais) para R\$ 53.542.687,12 (cinquenta e três milhões, quinhentos e quarenta e dois mil, seiscentos e oitenta e sete reais, e doze centavos). Assim, os sócios Tevecap, Ajato e TVASIS, das cinco sociedades (Lightree; Lemontree; TVSP; GTRT; e TVAPR) centralizadoras dos "negócios" passaram a possuir participações no capital da NAVYTREE correspondentes ao valor integralizado. Esses mesmos sócios (Tevecap, Ajato e TVASIS), poucos dias depois da referida integralização, em 03 de dezembro de 2007, alienaram a NAVYTREE à atuada, em consonância com o item 2.2 do Contrato.

A fiscalização concluiu, dos fatos, que a interposição da NAVYTREE teve por propósito exclusivo permitir a sua posterior incorporação pela atuada para o aproveitamento fiscal do ágio, uma vez que a única intervenção da NAVYTREE foi a de receber as participações das sociedades centralizadoras dos "negócios". Em razão disso foi promovida a glosa de despesas com a amortização de ágio nos anos-calendário 2008 a 2012, tendo sido lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL.

O agente fiscal ainda frisou que o conjunto de operações engendrado pelas partes no "Contrato" não teve propósito de "economizar" ilicitamente tributos apenas para uma

das partes, mas para as duas. De um lado, a atuada teria obtido, com o auxílio do Grupo Abril, a interposição de empresa-veículo (Navytree) para fins de amortizar ilicitamente o ágio, que é o cerne da autuação. E de outro lado, o Grupo Abril, que também visava obter uma ilícita "economia" tributária, no caso, a de mitigar a tributação sobre o ganho de capital correspondente (conforme processos nºs 16643.000303/2010-87, 16643.000304/2010-21, 19515.000584/2010-21 e 19515.000330/2010-11).

Concluiu que esse conjunto de operações foi composto por etapas, exclusiva e especificamente elaboradas para reduzir ilicitamente a tributação, ora do adquirente, ora do Grupo alienante, de forma não casuística, nem acidental, mas minuciosamente tramada em evidente ardid por todos os envolvidos, de forma que a multa foi qualificada em 150%.

A fiscalização entendeu que, em face da ativa participação de sociedades do Grupo Abril, na ação ilícita do fiscalizado, ao realizarem uma das etapas do negócio forjado - a interposição da empresa-veículo NAVYTREE), seriam responsáveis solidariamente pelo crédito tributário todas as sociedades intervenientes, quais sejam: 1) Abril; 2) AbrilCom; 3) Tevecap; 4) TVASIS; e 5) Ajato. Teriam sido as três últimas (Tevecap, TVASIS e Ajato) que diretamente interpuseram a NAVYTREE ao subscrever capital, na referida empresa-veículo, com as participações nas sociedades centralizadoras dos "negócios", conforme a "Ata de Assembléia Extraordinária" (Doc. 121), realizada em 26 de outubro de 2007, para, posteriormente, alienarem a NAVYTREE à TELEFÔNICA, em consonância com o item 2.2 do "Contrato". As duas primeiras (Abril e AbrilCom) teriam sido as mandantes de toda a ação desenvolvida pelas outras três sociedades do Grupo Abril (Tevecap, TVASIS e Ajato). Assim, a essas cinco sociedades foi imputada a responsabilidade tributária solidária prevista no art. 124, I, do CTN.

### **Da Fase Contenciosa.**

A contribuinte TELEFÔNICA BRASIL S.A. apresentou impugnação (e-fls. 12.523/12.588), assim como ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. também apresentaram impugnações (e-fls. 13.378/13.463 e 15.378/15.636, respectivamente). A impugnação apresentada por TELEFÔNICA BRASIL S.A. foi julgada **improcedente** pela 2ª Turma da DRJ em Brasília/DF, e as impugnações de ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. julgadas **procedentes**, nos termos dos Acórdãos nº 03-60.401 (e-fls. 14.094/14.146) e nº 03-64.296 (e-fls. 16.224/16.230), conforme ementas a seguir:

Acórdão nº 03-60.401 (e-fls. 14.094/14.146)

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

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

*INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio à incorporadora.*

*DECADÊNCIA. PRAZO PARA EFETUAR O LANÇAMENTO*

*Na hipótese de lançamento por homologação, inexistindo disposição legal diversa à do CTN e ocorrendo a antecipação do pagamento sem prévio exame do Fisco, a decadência de a Fazenda Pública efetuar o lançamento opera-se após cinco anos, contados do fato gerador, sem que aquela tenha se pronunciado. Inexistindo antecipação do pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*MULTA. QUALIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA.*

*Como os fatos retratados não deixam dúvida da intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, cabe manter a qualificação da penalidade promovida pela autoridade atuante.*

*LANÇAMENTO DECORRENTE.*

*Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do imposto de renda pessoa jurídica constitui prejulgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.*

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. É cabível a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, pois a teor do art. 161 do Código Tributário Nacional sobre o crédito tributário não pago correm juros de mora, como a multa de ofício também constitui o crédito tributário sobre ela também necessariamente incide os juros de mora na medida em que também não é paga no vencimento.*

*RESPONSABILIDADE ART. 124, I DO CTN*

*Para se confirmar a responsabilidade positivada no art. 124, I do CTN, imprescindível a prova do interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.*

Acórdão nº 03-64.296 (e-fls. 16.224/16.230)

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*

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

*RERRATIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO*

*Anteriormente, a impugnação da Abril Comunicações S/A, por engano, não tinha vindo aos autos, e, assim, sua responsabilidade tinha sido declarada definitiva na esfera administrativa. Contudo, com a impugnação acostada, verificou-*

*se que a responsabilidade atribuída à Abril Comunicação não se confirmara, pois, para a responsabilidade positivada no art. 124, I do CTN, se faz imprescindível a prova do interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Retifica-se o acórdão 03-60.401 de 14 de abril de 2014, para afastar a Abril Comunicações S/A do pólo passivo.*

*Quanto às demais matérias, ratifica-se o Acórdão 03-60.401, de 14 de abril de 2014, inteiramente.*

Foi interposto Recurso de Ofício pela 2ª Turma da DRJ em Brasília/DF (e-fls. 14.094/14.146 e 16.224/16.230), bem como Recurso Voluntário pela Contribuinte TELEFÔNICA BRASIL S.A. (e-fls. 14.934/15.185).

ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A., apresentaram contrarrazões ao Recurso de Ofício manejado pela Turma Julgadora de 1ª Instância (e-fls. 16.393 e ss). A FAZENDA NACIONAL também apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário da TELEFÔNICA e razões ao Recurso de Ofício manejado pela Turma Julgadora de 1ª Instância (e-fls. 16.323 e ss).

Ambos os recursos, voluntário e de ofício, foram apreciados pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção do CARF, na sessão de 11/8/2016, decidindo, a Turma, pelo Acórdão nº 1201-001.474 (e-fls. 16.688/16.752), negar provimento ao recurso de ofício apresentado pela 2ª Turma da Delegacia de Julgamento de Brasília/DF, e dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela Contribuinte, conforme ementa a seguir:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*

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

*DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.*

*É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do início do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A decadência fulmina a possibilidade de lançamento do crédito tributário e tem como prazo inicial as hipóteses previstas no Código Tributário Nacional.*

*INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.*

*Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio à incorporadora.*

*NEGÓCIO JURÍDICO. ABUSO DE DIREITO. INOPONIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE POR NÃO CARACTERIZAÇÃO DE FRAUDE.*

*Negócio jurídico realizado mediante interpretação literal, sem a observância das regras tributárias, é abusivo e não pode ser oponível ao Fisco, sujeitando o infrator à multa de ofício de 75%. Descabe a qualificação da multa quando não caracterizado dolo específico ou fraude nos procedimentos.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

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

*TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.*

*Tratando-se de tributação reflexa decorrente de irregularidades apuradas no âmbito do Imposto sobre a Renda, constantes do mesmo processo, aplica-se à CSLL, por relação de causa e efeito, o mesmo fundamento do lançamento primário.*

*RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ARTIGO 124, I, CTN. INOCORRÊNCIA.*

*A responsabilidade veiculada pelo artigo 124 do Código Tributário Nacional exige prova do interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e não pode ser imputada a pessoa que se encontre em pólo oposto ao que ensejou a tributação.*

*JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE.*

*Legal a aplicação da taxa do Selic para fixação dos juros moratórios para recolhimento do crédito tributário em atraso.*

A FAZENDA NACIONAL interpôs Recurso Especial (e-fls. 16.754/16.771), em que alega que o Acórdão nº 1201-001.474, conferiu interpretação divergente à legislação tributária, no tocante à: (i) responsabilidade solidária pelo interesse comum e, (ii) multa qualificada.

No mérito, em relação à responsabilidade tributária, aduz que "*a Fiscalização demonstrou cabalmente o interesse comum das pessoas físicas na situação que constituiu o fato gerador apurado, tal como exige o artigo 124, inciso I do CTN*". Observa que o interesse comum exigido pelo artigo 124 pode ser aferido pela participação direta dos responsáveis na situação que deu ensejo ao fato gerador apurado, e/ou pela participação dos responsáveis no resultado obtido ilegalmente com a não ocorrência desse fato.

Nesse sentido aponta que, no presente caso, a auditoria teria demonstrado o interesse comum pela primeira forma, ou seja, participação direta dos responsáveis na situação que enseja o fato gerador. Isto porque, afirma, a ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. teriam atuado ativamente no surgimento da situação que afastou a ocorrência do fato gerador, que foi a inclusão da NAVYTREE no negócio como empresa artificial. Assim, alega, se não fosse a ajuda ativa dessas empresas, a TELEFÔNICA jamais teria conseguido deduzir o ágio sem ter incorporado as empresas que adquiriu.

No que toca à qualificação da penalidade, a PFN deduz extenso arrazoado a respeito da operação que envolveu o surgimento e o aproveitamento fiscal do ágio, afirmando que este seria indedutível porque a confusão patrimonial entre investida e investidora não ocorreu no presente caso, uma vez que a TELEFÔNICA não incorporou ou foi incorporada pelas empresas que adquiriu durante o prazo de amortização do ágio.

Observa que a NAVYTREE atuou no negócio como mera empresa-veículo, que seria extinta ao final das operações, para que TELEFÔNICA detivesse de forma direta e indireta as participações que efetivamente foram o objeto da negociação e questiona se seria lícita a interposição temporária de uma empresa como objeto de uma compra e venda, com o exclusivo intuito de propiciar o cumprimento apenas formal de um dos requisitos legais à dedutibilidade do ágio que seria pago.

Afirma que não havia qualquer vedação legal à aquisição direta pela TELEFÔNICA das ações das empresas LIGHTTREE, LEMONTREE, GTR-T, COMERCIAL CABO SP e TVA SUL. Lembra que a ANATEL estuda o caso como se a TELEFÔNICA fosse a adquirente direta das ações, de forma que, se a TELEFÔNICA não pudesse deter diretamente as ações negociadas, tampouco poderia de forma indireta, mas que a Contribuinte não conseguiu demonstrar nenhum impedimento à aquisição das referidas ações de forma direta.

Confirma a correção da aplicação da multa qualificada em virtude da *"...simulação orquestrada pelo contribuinte em conluio com outras empresas. Com efeito, não fosse a participação artificial da NAVYTREE, o ágio pago não seria deduzido da forma como foi."* Isto porque, alega, a intenção da Contribuinte e das outras empresas era a de simular a materialização dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Em suas palavras:

Portanto, o evidente intuito doloso do contribuinte resta claro quando se vê que **todos os atos e negócios que envolveram a participação da NAVYTREE se traduzem em documentos de conteúdo falso**, uma vez que atestaram a participação apenas formal de uma empresa. **Empresa esta que, para que o contribuinte atingisse o seu objetivo, tinha que ser extinta, assim como acabou ocorrendo.**

[...]

**Como exposto, a autoridade fiscal logrou demonstrar cabalmente o nítido intuito de fraude das operações manobradas pela contribuinte com a criação de incorporações intragrupo com o simples intuito de dedução de ágio sem propósito negocial.**

Mostra-se clara, portanto, a intenção de fraude mediante a utilização de sociedade como mero instrumento de antecipação dos efeitos fiscais do ágio gerado artificialmente.

[...]

Pede, ao final, pelo conhecimento e o provimento do seu recurso para que seja restabelecida a responsabilidade e a penalidade de 150%.

O despacho de admissibilidade de e-fls. 16.774/16.780, deu seguimento ao Recurso Especial da PFN.

A TELEFÔNICA apresentou contrarrazões (e-fls. 16.816/16.834) em que, primeiramente, apresenta um resumo dos fatos e, em seguida, em preliminares, defende o não conhecimento do REsp da PFN por ausência de identidade fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas. Isto porque, aduz, a Navytree de maneira alguma teve duração efêmera, já existindo anteriormente à operação, além de ter restado evidente o seu objetivo, que foi o de possibilitar a efetivação dos negócios almejados, especificamente a expansão das atividades do grupo Telefônica, tendo em vista as limitações regulatórias existentes. Enquanto isso, os paradigmas trataram de situação em que houve a criação artificial de sociedade - com duração aproximada de dois meses, e de aplicação da multa qualificada em razão da prática de negócio jurídico fictício, o que não teria ocorrido no caso concreto.

No mérito, em síntese, afirma que não existiu qualquer conduta fraudulenta ou dolosa nas operações implementadas pela Recorrida que deram origem ao ágio, e que demonstrou, insistentemente, ao longo de sua defesa, que os atos praticados não tiveram propósito fiscal e sim razões e motivações empresariais, regulatórias e negociais claras, de forma que o caso presente não envolve planejamento tributário e muito menos fraude ou simulação, mas sim eventos societários que foram implementados com objetivos comerciais, a fim de ampliar o âmbito de atuação do grupo Telefônica através do incremento das suas linhas de negócio, uma estratégia negocial definida pela empresa. A redução da base tributária do IRPJ e da CSLL em razão da amortização do ágio é um efeito mediato dos atos societários praticados, que jamais poderia ser considerado como o objetivo perseguido pela Recorrida.

Colaciona jurisprudência administrativa e, ao final pede seja negado provimento ao Recurso Especial da PFN e mantida a decisão recorrida.

ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. também apresentou contrarrazões, em seu próprio nome, e em nome de ABRIL S.A., na qualidade de sucessora por incorporação (e-fls. 16.844/16.906).

Pede, primeiramente, pelo não conhecimento do REsp da PFN por ausência de caracterização de dissenso jurisprudencial em relação à responsabilidade tributária do art. 124 do CTN. Isto porque, aduz, a PFN não teria feito o cotejo analítico entre trechos dos paradigmas e do acórdão recorrido, para demonstrar os pontos divergentes, limitando-se a transcrever as ementas das decisões paradigmáticas, o que afrontaria o § 1º, do art. 67, do Anexo II, do RICARF. Passa, então a cotejar os paradigmas em comparação ao recorrido e afirma que as premissas fáticas veiculadas seriam completamente distintas, colacionando um demonstrativo que comprovaria a ausência de similitude fática entre as decisões.

Em seguida, sustenta que, ainda que o REsp da PFN seja conhecido, e provido, o julgamento não poderia prosseguir porque o responsável solidário tem o direito de se defender, não apenas da imputação da responsabilidade, mas de todo o mérito do litígio, o que não teria ocorrido no presente caso, eis que, como a responsabilidade solidária foi exonerada já pela decisão de 1ª Instância, o restante de sua defesa não foi apreciada, o que violaria o devido processo legal e o direito de defesa.

Defende a ausência de similitude fática entre os paradigmas e o acórdão recorrido também em relação à multa qualificada, passando a cotejar as decisões, inclusive com tabela demonstrativa, para comprovar sua afirmação.

No mérito afirma ter restado plenamente demonstrado que as empresas ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. e ABRIL S.A. não pertencem ao mesmo grupo econômico da

autuada, de forma que seria impossível imputar-lhes a responsabilidade por interesse comum na situação que constitui o fato gerador, mormente porque a responsabilidade foi atribuída exclusivamente com base no art. 124, I, do CTN.

Passa, então, a discorrer sobre o conceito de interesse comum e analisar a legislação de regência, bem como os fatos tratados nos autos, para apontar que foi a TELEFÔNICA quem praticou os atos que levaram ao fato gerador.

Em relação a multa qualificada volta a frisar que, se mantida a imputação da responsabilidade solidária, a aplicação da penalidade qualificada não poderia ser julgada neste momento porque não teriam sido apreciadas as suas razões de defesa em sede de impugnação e de Recurso Voluntário, em razão da exclusão da responsabilidade. Contudo, alega que qualquer multa, inclusive a qualificada, deve ser imputada a quem praticou o fato gerador, no caso, a amortização do ágio.

Defende que, se mantida a autuação, não deve ser mantida a qualificação da multa porque a infração remeteria a uma interpretação divergente da legislação tributária, o que não é causa de qualificação de multa.

Lembra que para a qualificação da multa é necessário comprovar a participação e a vontade do agente em praticar a infração, não bastando presumir que houve dolo que deve ser comprovado, inclusive com a individualização das condutas. E, no presente caso, a auditoria fiscal não teria conseguido apontar a conduta da recorrida.

Volta a se reportar a fatos do processo para concluir que as operações praticadas foram lícitas, inclusive a autuação da NAVYTREE, de forma que, conclui, se o lançamento é improcedente quanto mais a multa qualificada.

Em outro capítulo passa a deduzir outras razões de defesa pela improcedência do lançamento, que "devem ser apreciadas desde a DRJ", razões essas que não foram analisadas em virtude da exoneração da responsabilidade solidária pela autoridade julgadora de 1ª Instância, confirmada pelo colegiado *a quo*, razões que se referem, inclusive, à nulidade do lançamento.

Pleiteia, ao final, pelo não conhecimento do Recurso Especial da PFN ou, caso seja conhecido, seja-lhe negado provimento. Como pedido alternativo, no caso de provimento do REsp, requer seja determinado o retorno dos autos à turma julgadora de 1ª Instância para apreciação das demais razões de defesa não analisadas em razão da exoneração, em preliminar, da responsabilidade solidária.

A Contribuinte também interpôs Recurso Especial (e-fls. 16.923 e segs.). Como matéria de ordem pública invoca a nulidade da decisão *a quo*, em virtude de insanável vício de motivação, eis que teria sido proferida com omissão não corrigida ainda que apresentado Embargos de Declaração.

Em seguida, argúi divergência de interpretação da legislação tributária em relação às seguintes matérias: (i) impossibilidade de caracterização de “empresa-veículo” para desconsiderar os efeitos tributários de operações envolvendo o registro e posterior amortização fiscal de ágio; (ii) inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela autoridade lançadora; e (iii) impossibilidade de incidência de juros SELIC sobre multa de ofício.

No mérito, discorre acerca do propósito da NAVYTREE nos negócios envolvendo as aquisições, de forma a possibilitar a concretização do negócio da forma que melhor atendesse aos interesses negociais das partes, que relaciona. Afirma que a aquisição de 100% da NAVYTREE somente foi possível com a implementação de determinadas condições, e que houve pagamento em dinheiro ao Grupo Abril. Após determinados ajustes, com deduções de encargos financeiros, o custo de aquisição do investimento totalizou R\$ 901.851.612,61, desdobrado esse custo de aquisição em: (i) valor de patrimônio líquido da Navytree de R\$ 53.543.687,12; e (ii) ágio - fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do investimento segundo laudo de avaliação do Banco ABN AMRO Real S.A. ("Laudo de Avaliação"), com base no método do fluxo de caixa descontado (DCF) -no valor de R\$ 848.307.925,49.

Observa que não foi possível, à época, por restrições legais e da ANATEL, adquirir diretamente o controle de TV a Cabo, de forma que foi necessária a participação da NAVYTREE no negócio a fim de permitir o alcance dos objetivos contratuais pactuados, formados pela reunião de serviços, licenças (concedidas pela Anatel), ativos (i.e., estruturas físicas, equipamentos, redes), ou seja, a própria aquisição da "Oferta Triple Play", única forma de aquisição que interessava à Recorrente e também única forma de alienação possível ao Grupo Abril por garantir um maior valor do negócio.

Questiona se, tendo sido demonstradas todas as justificavas negociais que evidenciam a coerência e compatibilidade da utilização da Navytree com a causa do negócio jurídico, seria de fato justificável a adoção de outra estrutura de venda pelas partes. E passa a demonstrar que o "fatiamento" do negócio seria prejudicial aos interesses das partes.

Em suas palavras:

78. À luz de todas essas ponderações, corroboradas pelas conclusões do Parecer do Professo Marco Aurélio Greco, pergunta-se se as partes estariam obrigadas (i) a adotar a estrutura mais onerosa sob a perspectiva fiscal tão somente para recolher mais tributos e satisfazer o Fisco, quando evidenciada uma série de razões e motivações extratributárias, atreladas ao próprio negócio sob aquisição; (ii) a dividir em preços distintos aquilo que fora precificado entre as partes de forma única; (iii) a majorar os riscos de aprovação da operação, submetendo diversos processos ao exame dos órgãos reguladores, com a formalização de diversas condicionantes de preço no Contrato; (iv) renunciar a possibilidade de previamente receber a aprovação da Anatel acerca do nível de ingerência que poderia ter nas participações em que estava investindo 850 milhões, o que foi possível pela presença da Navytree como signatária do acordo de acionistas em relação às participações adquiridas. A resposta a todas essas indagações é indubitavelmente negativa!

Passa a justificar a inatividade da NAVYTREE em período que antecedeu a operação e aponta que a PFN admitiu a possibilidade de uso de uma holding em uma operação de aquisição societária.

Demonstra que o instituto do abuso de direito, veiculado no acórdão recorrido, vincula-se aos negócios jurídicos que não tenham causa real e predominante, tendo sido realizados com a intenção de prejudicar e causar dano, sem proveito próprio, com desvio de finalidade; e a ausência de interesse legítimo, mas que, no presente caso, as partes do contrato quiseram efetivamente o que contrataram e realizaram, quiseram o ato jurídico e o negócio jurídico e o efetivaram de acordo com as suas causas substanciais e propósitos

negociais, submetendo-se à disciplina legal de cada um, sem contrariar suas causas, inexistindo qualquer caráter abusivo nessa operação.

Afirma inexistir disposição legal que imponha qualquer vedação à dedutibilidade para fins de apuração da CSLL, ao menos até o advento da Lei nº 12.973, e que a Instrução Normativa/RFB nº 390/04, que compila as normas relativas à CSLL, traz, em seu artigo 75, disposição que, a exemplo do inciso III do artigo 386 do RIR, autoriza a amortização do ágio pago na hipótese de incorporação da sociedade investidora pela investida.

Aponta ilegalidade na cobrança de juros Selic sobre multa, por ausência de previsão legal para sua aplicação. Ao final, requer:

(a) seja anulado o acórdão nº 1201-001.474, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do E. CARF, em face de sua flagrante nulidade e que o processo seja devolvido ao órgão julgador *a quo* para saneamento dos vícios de omissão apontados;

(b) subsidiariamente, caso superada a nulidade, seja julgado o mérito em favor da Recorrente (artigo 59, § 3º do Decreto no 70.235/1972), promovendo a reforma da decisão recorrida com o cancelamento integral dos débitos objeto do presente processo administrativo, com base nos fundamentos de mérito e paradigmas expostos.

Junto das razões recursais a Contribuinte apresenta Parecer do Prof. Marco Aurélio Greco (e-fls. 16.963/17.200).

O Recurso Especial da Contribuinte foi admitido pelo despacho de e-fls. 17.203/17.208.

A FAZENDA NACIONAL apresentou contrarrazões ao REsp da Contribuinte (e-fls. 17.210/17.263) em que, após historiar os fatos dos autos, aduz, em oposição ao que supostamente afirmou a Contribuinte, inexistir prazo decadencial para fiscalizar atos societários que deram origem ao ágio, matéria sobre a qual discorre longamente, para concluir que *"...o prazo decadencial para o Fisco homologar os efeitos fiscais atribuídos pelo contribuinte ao ágio por ele criado não se conta a partir do pagamento da correspondente "mais valia", mas sim da sua efetiva utilização para redução dos tributos a serem recolhidos."* Colaciona jurisprudência administrativa.

Diz ser indedutível o ágio no presente caso porque não teria havido a "confusão patrimonial" entre a investidora (sociedade adquirente) e as investidas (participações societárias adquiridas), requisito imposto pelo art. 7º da Lei nº 9.532/96 e passa a descrever a cronologia das etapas que constituíram a operação que envolveu o surgimento e a amortização do ágio.

Aponta que o contrato celebrado no dia 29/10/2006, claramente demonstra que o objeto do acordo firmado não era a NAVYTREE, mas sim as ações das empresas LIGHTREE, LEMONTREE, GTR-T, COMERCIAL CABO SP e TVA SUL, de forma que a NAVYTREE servia apenas como uma "ponte" para a transferência dessas empresas e os seus ativos.

Volta a se referir a ausência do encontro do patrimônio da investida e da real investidora, no caso, impossibilitando o cumprimento dos requisitos impostos pela legislação para amortização do ágio.

Afirma ser devida a qualificação da multa em razão da simulação comprovada, caracterizada pela divergência entre a vontade declarada pelas partes que efetivaram o negócio e vontade real aferida com a operação.

Reafirma e reproduz as alegações em referência a procedência da imputação da responsabilidade solidária por interesse comum à ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A., na situação que constitui o fato gerador ou na situação que constitui o resultado obtido.

Defende ser impossível a dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL, por inexistência de norma autorizadora dessa dedução.

Quanto à aplicação específica da taxa SELIC, indica que o comando autorizador se encontra no próprio CTN, em seu artigo 161, § 1º, que dispõe, expressamente, que a taxa de juros de mora a ser exigida sobre os débitos fiscais de qualquer natureza para com a Fazenda Pública pode ser em percentual diferente de 1%, desde que expressamente elencado em lei, o que foi feito, no caso, pelo art. 13 da Lei nº 9.065/1995. E, ainda, que a Súmula CARF nº 4 determina a aplicação de juros de mora à taxa Selic sobre débitos tributários. Por fim, requer seja negado provimento ao recurso especial interposto pela Contribuinte, mantendo-se incólume o lançamento fiscal.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro André Mendes de Moura, Relator.

São recursos especiais interpostos pela PGFN e pela Contribuinte, no qual foram devolvidas várias matérias.

Passo, inicialmente, ao exame de admissibilidade.

### I. Admissibilidade.

O recursos especiais da PGFN e da Contribuinte são tempestivos. Contudo, há que se apreciar requisitos complementares previstos no art. 67, Anexo II do RICARF.

No que concerne ao recurso especial da Contribuinte, propõe-se a devolução das matérias: (i) glosa despesa de amortização de ágio - impossibilidade de caracterização de "empresa veículo" - arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 - recurso especial da Contribuinte; (ii) repercussão da glosa de despesa de amortização de ágio na base de cálculo da CSLL - recurso especial da Contribuinte e (iii) incidência de juros de mora com base na SELIC sobre multa de ofício.

Entendo não haver reparos à apreciação efetuada pelo despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 17203/17208. Assim, adoto as razões do despacho para **conhecer do recurso especial da Contribuinte**.

A respeito do **recurso especial da PGFN**, em contrarrazões, tanto a Contribuinte quanto a ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. (sucessora por incorporação da ABRIL S.A.) apresentaram contrarrazões no sentido de não conhecimento do recurso, para as matérias (i) qualificação da multa de ofício e (ii) responsabilidade tributária das pessoas jurídicas ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. e ABRIL S.A.

Sobre a **matéria qualificação da multa de ofício**, aduz a PFN, que, no caso dos autos, a multa foi qualificada em face da constatação do intuito fraudulento da contribuinte, revelado pela criação de um ágio artificial, sem qualquer propósito negocial, com o único e evidente intuito de auferir um benefício fiscal sabidamente indevido. Mas, no entanto, o colegiado *a quo*, diante de tal situação fática, resolveu desqualificar a multa, sob o argumento de inexistir a fraude apontada pelo fiscal e, assim, teria divergido do entendimento manifestado nos paradigmas, Acórdão nº 101-96.724 e Acórdão nº 1101-000.899.

No acórdão recorrido o relator do voto condutor, ao analisar o tema, reportou-se, primeiramente, à íntegra das razões deduzidas pela autoridade fiscal para qualificar a multa. Em seguida, fez referência à decisão de primeira instância que considerou existente, no caso, a fraude.

E deduziu suas conclusões, no sentido de que haveria contradição na decisão de primeira instância, que teria afastado a responsabilidade solidária, mas mantido a qualificação da multa, uma vez que o fundamento para a multa qualificada foi o "acordo entre

Telefônica e Abril, na confecção do contrato" e o ágio foi gerado em "operações de combinação de negócios, mediante utilização de sociedade veículo". Então, para o relator, pela lógica, sob tais premissas deveria ter sido mantida a responsabilidade solidária, o que não ocorreu.

Consignou não haver dúvidas de que ocorreu o ilícito tributário, mas não vislumbrou, nas operações, o dolo específico, mediante conduta fraudulenta, necessário para a qualificação da exação, ressaltando que a descrição dos fatos não permitiria afirmar, para além de qualquer dúvida, que o negócio celebrado pelas partes fora fraudulento, fruto de simulação ou falsidade, com o evidente objetivo de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador, como exige o artigo 72 da Lei n. 4.502/64.

Assinalou que a fiscalizada, a partir de sua interpretação das normas legais, não conseguiu preencher os requisitos para a dedutibilidade do ágio, mas isso não justificaria, por si só, a qualificação do gravame, uma vez que as operações foram de conhecimento público, envolveram ativos existentes e foram praticadas, formalmente, à luz dos preceitos legais, com a anuência de órgãos governamentais.

E concluiu pelo afastamento da multa qualificada, nos seguintes termos:

*Parece-me evidente que toda a operação foi revelada para a autoridade fiscal, com a entrega de documentos sem qualquer adulteração ou falsidade.*

*Assim, embora o entendimento específico da Recorrente, em relação à dedutibilidade do ágio, seja passível de sanção, não consigo identificar, pela simples interposição de empresa-veículo, a conduta típica exigida para as hipóteses de fraude.*

Por sua vez, no paradigma nº 101-96.724, encontram-se elementos motivadores da qualificação específicos, não presentes no caso em tela.

Transcrevo excerto do voto:

*Em junho de 1998 a ZBT teve a sua constituição e abertura e neste mesmo ano não declarou qualquer atividade, tendo apresentado um capital inicial de R\$ 1.000,00. Em agosto de 1998 a empresa aumentou seu capital de R\$ 1.000,00 para R\$ 123.157.000,00, que foi integralizado pela LIBRA TERMINAIS com ações da LIBRA TERMINAL 35. Com isso a ZBT passou à condição de investidora na LIBRA TERMINAL 35, e foi extinta por incorporação pela investida (LIBRA TERMINAL 35). Tudo isso sem qualquer desembolso financeiro, apenas com uma nova avaliação a mercado, baseada em resultados futuros, conforme se depreende de um laudo de avaliação;*

Como se pode observar, não houve desembolso financeiro, tendo ocorrido uma mera "nova avaliação a mercado", elemento específico para a caracterização do dolo, não presente no caso em debate.

Nesse contexto, não restou demonstrada a divergência para o paradigma nº 101-96.724.

Quanto ao segundo paradigma, o Acórdão nº 1101-000.899, restou assim ementado em relação à matéria:

*Acórdão nº 1101-000.899*

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

Este processo tratou de exigência de IRPJ e de CSLL sobre despesa de amortização de ágio, considerada indevidamente como dedutível. A multa foi qualificada em decorrência da interposição de empresas sem substância, artificiais, denominadas "empresas-veículo", com o intuito de viabilizar a transferência e posterior amortização de despesa com ágio.

O colegiado considerou indedutível o ágio, explicando que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Mas, no caso, o procedimento realizado não extinguiu, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsistiu no patrimônio da investidora original, diversamente do que determina a lei.

Relativamente à multa qualificada, consignou:

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

O caso em tela guarda similitude fática com aquele apreciado no acórdão recorrido. Com efeito, **em ambas as decisões apreciou-se glosa de despesa com amortização de ágio gerado em reestruturação societária com a interposição de empresa-veículo**. E foi **justamente o fato de ter havido interposição de empresa artificial, sem substância, denominada "empresa-veículo"**, no seio da operação, que levou a turma que julgou o paradigma a manter a qualificação da multa, enquanto que no caso do recorrido, o relator consignou que a mera utilização de empresa artificial, sem substância ("empresa-veículo"), por si só, não justifica a qualificação da multa.

Nesse sentido, restou demonstrada a divergência jurisprudencial em relação à matéria **qualificação da multa de ofício**, com base no acórdão paradigma nº 1101-000.899.

Em relação à matéria **responsabilidade tributária das pessoas jurídicas ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. e ABRIL S.A.**, a PFN afirma que, mesmo com a participação ativa das empresas ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A., em conjunto com a contribuinte na operação de reduzir artificialmente o montante dos tributos devidos, a Turma *a quo* entendeu que não configuraria o interesse comum, tratado no art. 124, I do CTN

e, assim, teria divergido do entendimento firmado nos paradigmas - Acórdão nº 1302-001.330 e Acórdão nº 1402-001.764.

O voto proferido no acórdão recorrido consignou que a autoridade fiscal imputou a responsabilidade solidária em face das empresas ABRIL S.A. e ABRIL COMUNICAÇÕES S.A., com base no artigo 124, I, do CTN, por interesse comum "na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" e, ainda, a responsabilidade por sucessão, em razão da posterior incorporação das três sociedades vendedoras (Tevecap, TVASIS e Ajato) pela AbrilCom, esta última, além da responsabilidade imputada em razão da sua própria ação, como sucessora das três sociedades incorporadas, com base no artigo 132 do CTN, e do art. 5º, inciso III, do Decreto-lei nº 1.598/77.

Lembrou que a decisão de primeira instância afastou a responsabilidade solidária das empresas sob os argumentos de que a Telefônica e a Abril não formavam um grupo econômico e que a fiscalização não conseguiu provar categoricamente que o preço fora ajustado devido a amortizações futuras, ressaltando que declarações de voto consignadas naquela decisão corroboraram, com fundamentos adicionais, a tese de que não deveria prosperar a imputação de responsabilidade solidária às duas empresas.

Apreciando a questão, pronunciou-se na direção de que a responsabilidade prevista no artigo 124, I, do CTN exige interesse comum na situação que constitua o fato gerador, sendo imperioso que todos os solidários se encontrem em posição equivalente, aptos a usufruir dos resultados obtidos, ou seja, deve existir vinculação dos solidários ao fato gerador, de forma que todos se encontrem no mesmo pólo jurídico da obrigação e, assim, tenham que responder conjuntamente pelos tributos.

Mas, para o colegiado, isso não teria ocorrido no presente caso, pois os solidários teriam atuado como vendedores das empresas, enquanto que a Telefônica foi a adquirente do negócio. E consignou:

*E mais: se a autuação deriva da glosa no aproveitamento indevido do ágio pela Recorrente, não se pode conceber que empresas dissociadas desse suposto benefício possam ser trazidas para o polo passivo da obrigação. Temos, aqui, a aplicação do princípio da identidade: apenas quem se beneficia ou detém obrigação legal sobre determinado fato pode ser qualificado como solidário.*

Assinalou que o interesse comum do CTN não é em relação ao **negócio** efetuado pelas partes (contratos de aquisição e cessão de direitos), mas sim ao **resultado** considerado ilícito, que, no caso, foi o aproveitamento indevido das despesas com o ágio, decidindo por afastar a hipótese de responsabilidade por sucessão, em razão de que as empresas do Grupo Abril não possuíam qualquer relação com a obrigação tributária apurada nos autos.

O primeiro paradigma indicado, assentou, em relação à matéria, a seguinte ementa:

*Acórdão nº 1302-001.330*

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA  
JURÍDICA - IRPJ*

*Exercício: 2007, 2008*

*RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM.*

*Correta a imputação de responsabilidade tributária solidária, com fulcro no art. 124, I, do CTN, ao restar demonstrado nos autos o interesse comum na situação que constitui o fato gerador, consubstanciado na participação ativa e direta nos atos simulados que conduziram à alienação da participação societária e no interesse econômico e jurídico direto, com o benefício financeiro da supressão do ganho de capital na alienação de ativos dos quais era titular.*

Este caso tratou de autuação decorrente da falta de recolhimento do ganho de capital obtido na alienação de participação societária que CP CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA. detinha junto a Univias Participações S/A., em operações que envolveram várias reestruturações societárias, com atribuição de responsabilidade solidária às empresas BGPARG S/A, PEDRASUL CONSTRUTORA S/A e CONSTRUTORA SULTEPA S/A.

Decidiu o colegiado tratar-se, o caso, de situação de “casa-separa”, sendo que o possuidor do ativo - no caso concreto, a CP CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA., que detinha participações societárias na Univias Participações S/A - resolveu dele se desfazer. No entanto, em vez de aliená-lo em simples operação de compra e venda, com a apuração de ganho de capital, engendrou complexas alterações societárias com entrada de novo sócio com recursos financeiros e posterior retirada de sócio, resultando que o “novo sócio”, que havia ingressado na sociedade com recursos financeiros, nela permaneceu com o ativo (objeto da alienação) e o “antigo sócio”, CP CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA, se retirou da sociedade com recursos financeiros. Assim, o ativo apenas mudou de mãos, e também os recursos financeiros, tal e qual se daria em operação de compra e venda, mas aqui sem a apuração de ganho de capital.

Ressaltou que, em se tratando de operações deste tipo, não seria necessária a caracterização de negócios feitos entre partes vinculadas, sendo até comum que as partes (alienante e adquirente do ativo objeto do negócio) não possuam qualquer vínculo. Essa ausência de vínculo no caso concreto, é que tornou necessário que a seqüência de operações, cada uma ligada à anterior, fosse objeto de contrato escrito.

Concluiu que houve simulação, em razão do descasamento entre a vontade aparente manifestada nos atos formais e exteriores, no caso, o Acordo de Investimentos e Outros Pactos, e a vontade real, aquela sobressai da comparação entre a situação inicial e a final obtida, com o intuito de ocultar a ocorrência do fato gerador tributário.

Entendeu que as pessoas jurídicas apontadas como responsáveis, BGPARG S/A, PEDRASUL CONSTRUTORA S/A e CONSTRUTORA SULTEPA S/A., participaram diretamente dos atos simulados que conduziram à alienação das participações societárias, em razão de terem subscrito o Acordo de Investimentos e Outros, sendo patente seu interesse comum na alienação, posto que eram elas as titulares dos investimentos, e seu interesse não seria apenas econômico, ao fruir dos benefícios da ilícita redução da carga tributária, mas também jurídico.

Entendo que a situação fática no paradigma não se comunica com a dos presentes autos.

Isso porque os presentes autos tratam da imputação de uma sujeição passiva tendo em consideração a ocorrência de duas infrações tributárias: de um lado, o adquirente do investimento, que teria se aproveitado indevidamente de uma despesa fictícia de amortização de ágio; e de outro, o alienante, que teria mitigado indevidamente a tributação do ganho de capital decorrente da venda do investimento. Ou seja: o pólo passivo da relação obrigacional tributária encontra-se ocupado, na condição de sujeito passivo direto, pelo adquirente, pela infração tributária despesa de amortização de ágio, e na condição de sujeito passivo indireto, pelo alienante, na infração tributária ganho de capital. Ou seja: o pólo passivo encontra-se ocupado por dois agentes, **sobre cada qual recaindo uma infração tributária diferente.**<sup>1</sup>

Por sua vez, na decisão paradigma, o pólo passivo da relação obrigacional tributária encontra-se ocupado por agentes sobre o qual são imputados **uma mesma infração tributária, ganho de capital.**

A estrutura relacional é diferente: em um caso, sujeição passiva no qual sujeito passivo direto responde pela infração "A" e sujeito passivo indireto responde pela infração "B". No outro caso, sujeição passiva no qual tanto sujeito passivo direto quanto sujeito passivo indireto respondem pela infração "B".

Caberia à PGFN apresentar um paradigma que retratasse situação fática similar à dos presentes autos, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, não se encontra demonstrada a divergência jurisprudencial para o paradigma nº 1302-001.330.

Em relação ao segundo acórdão paradigma indicado pela PFN, encontra-se assim ementado:

---

<sup>1</sup> Vale transcrever excerto do Termo de Verificação Fiscal:

37. Vale ainda mencionar que o conjunto de operações engendrado pelas partes no "Contrato" não teve propósito de "economizar" ilicitamente tributos apenas para uma das partes, mas para as duas. De um lado, a fiscalizada obteve, com o auxílio do Grupo Abril, a intercalação de empresa-veículo (Navytrec) para fins de amortizar ilicitamente o ágio, que é o cerne da presente fiscalização; mas, de outro lado, o Grupo Abril também visava obter uma ilícita "economia" tributária, no caso, a de mitigar a tributação sobre o ganho de capital correspondente.

38. O Grupo Abril deslocou, com a anuência da fiscalizada, os "negócios" para sociedades sob o controle de outras três sociedades (Tevecap, Ajato e TVA-SIS) que acumulavam prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL, os quais foram, logo após a alienação, compensados, em desrespeito do limite de 30% do lucro fiscal do período. Tal compensação se "justificou" em razão de as três sociedades (Tevecap, Ajato e TVA-SIS) - logo após a centralização dos "negócios" em sociedades sob o controle das três - terem alienado as participações nas sociedades centralizadoras dos referidos "negócios" (formalmente a alienação foi apenas da empresa-veículo Navytrec, a qual detinha as citadas participações) e, a seguir, terem sido "estrategicamente" incorporadas pela AbrilCom.

39. Valendo-se de alguns julgados do CARF, segundo os quais a chamada "trava dos 30" poderia ser dispensada no ano da incorporação das sociedades, os "negócios", que correspondem ao substrato econômico de interesse da adquirente (a Telefônica), foram deslocados, com anuência da fiscalizada, pelo Grupo Abril para sociedades sob o controle das três sociedades deficitárias (Tevecap, Ajato e TVA-SIS) deste conglomerado para, ainda no mesmo ano, serem incorporadas.

40. Essa outra ponta da operação já foi fiscalizada e o crédito tributário correspondente foi formalizado nos autos dos processos administrativos nº 16643.000303/2010-87, 16643.000304/2010-21, 19515.000584/2010-2 e 19515.000330/2010-11.

*Acórdão nº 1402-001.764*

*SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. HIPÓTESES DE IMPUTAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.*

*Atribui-se a responsabilidade solidária a terceira pessoa quando comprovado o nexó existente entre os fatos geradores e a pessoa a quem se imputa a solidariedade passiva, nos termos do art. 124, inciso I do Código Tributário Nacional. Assim, são solidariamente obrigadas às pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, entendidas como aquelas que atuam de forma direta, realizam individual ou conjuntamente com outras pessoas atos que resultam na situação que faz surgir o fato gerador, ou que, em comum com outras, esteja em relação ativa com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação.*

O caso envolveu lançamento de IPI em face da empresa MANOJET, em decorrência da constatação, em operação fiscal, de ter a contribuinte efetuado vendas de produtos com emissão de notas fiscais paralelas, vendas feitas sem emissão de nota fiscal, e por ter deixado de proceder ao lançamento do imposto nas saídas de produtos tributados do estabelecimento, com emissão de notas fiscais escrituradas.

Por se tratar de lançamento decorrente da exigência principal, de IRPJ, em que foi apurada omissão de receitas da atividade escrituradas e não declaradas, bem assim omissão de receitas provenientes de saída de produtos sem a emissão de notas fiscais e por meio de notas fiscais paralelas, consignou o colegiado que, caracterizada a omissão de receitas no processo principal, é inafastável a autuação decorrente, devendo ser exigido o IPI não lançado nas referidas saídas.

Adotando, então, as razões de decidir deduzidas na decisão proferida no processo principal de exigência de IRPJ, em que foi mantido o lançamento, lembrou que foi atribuída a responsabilidade solidária ao sócio, Sr. Osvaldo de Carvalho porque ele teria interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da omissão de receitas, pois deliberou a forma da tributação e recebeu os frutos financeiros das operações realizadas. E, refutando as arguições da defesa, passou a descrever os passos que culminaram com a mudança do quadro societário das empresas MAGNO e MAGNOJET, que passou de mãos em mãos, de filhos, sobrinhos e demais parentes do Sr. Osvaldo de Carvalho, com simulação de venda do ativo da MAGNO para a MAGNOJET, circunstância em que o responsável admitiu ter praticado as vendas sem nota, com notas paralelas e sem destaque de IPI.

*Nota-se, pois, em convergência com o assinalado no Termo de Verificação Fiscal, que o Sr. Osvaldo de Carvalho efetivamente era o proprietário da fiscalizada à época da ocorrência dos fatos e responsável direto pelos atos infracionais apurados, eis que apresentou-se como procurador da pessoa jurídica ao Fisco estadual; atendeu os auditores fiscais estaduais nas diligências efetuadas e forneceu os elementos solicitados; esclareceu, como se verá adiante, de forma clara e detalhada o modo como a autuada operava para subtrair receitas à tributação; e apropriou-se de valores correspondentes a receitas que não foram declaradas ao Fisco.*

(...)

E, depois de deduzir estudo doutrinário sobre o que seria o interesse comum com o fato gerador, concluiu:

*O fato é que o Sr. Osvaldo de Carvalho, conforme já referido, foram participantes ativos e beneficiários da migração dos recursos da MAGNOJET, caracterizando esse fato o interesse comum dele com ela na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária que deu causa ao lançamento.*

Como se pode observar, não se pode dizer que este paradigma tenha tratado de situação fática semelhante à do recorrido. Com efeito, no caso deste paradigma, a pessoa física a quem foi atribuída a responsabilidade solidária por interesse comum, figurava, ao fim e ao cabo, como sócia e administradora de fato das empresas, admitindo, em declaração prestada aos agentes fiscais, ter praticado a sonegação caracterizada pela omissão de receitas decorrente de vendas sem notas, com notas paralelas, e não tributação de vendas escrituradas. E foram esses fatos que levaram o colegiado a concluir pela existência do interesse comum, já que, sendo sócio e proprietário das empresas, o responsável auferiu ganhos financeiros advindos da situação que ensejou o lançamento.

Assim, em relação ao paradigma nº 1402-001.764, a divergência jurisprudencial não restou caracterizada.

Portanto, para a matéria **responsabilidade tributária das pessoas jurídicas ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. e ABRIL S.A.**, não restou demonstrada a divergência.

Assim sendo, voto no sentido de **conhecer parcialmente** do recurso especial da PGFN, em relação à matéria **qualificação da multa de ofício**.

Enfim, aduz em recurso especial a Contribuinte sobre "matéria de ordem pública", no qual invoca a nulidade da decisão *a quo*, que teria incorrido em insanável vício de motivação em razão de omissão.

Ocorre que tal pretensão já foi debatida em sede de embargos de declaração opostos pela Contribuinte, que foram **rejeitados** por Despacho de Admissibilidade de Embargos de e-fls. 16910/16913.

E para que tal matéria pudesse ser apreciada pelo Colegiado da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Especiais, deveria ter sido apresentada decisão paradigma proferida por outra turma ordinária, nos termos do art. 67, Anexo II do RICARF.

Contudo, a matéria não foi devolvida para o presente Colegiado nos termos expressos pelo Regimento Interno do CARF. Nesse sentido, não deve ser apreciada.

Passo ao exame do mérito.

## **II. Mérito.**

Visando uma estruturação mais adequada, as matérias serão tratadas na seguinte ordem pelo presente voto:

- 1) glosa despesa de amortização de ágio - impossibilidade de caracterização de "empresa veículo" - arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 - recurso especial da Contribuinte;
- 2) qualificação da multa de ofício - recurso especial da PGFN;
- 3) repercussão da glosa de despesa de amortização de ágio na base de cálculo da CSLL - recurso especial da Contribuinte;
- 4) incidência de juros de mora com base na SELIC sobre multa de ofício - recurso especial da Contribuinte.

Cada uma será analisada em tópico específico.

## **II.1 - Despesa de Amortização de Ágio. RE da Contribuinte.**

A utilização de "empresa-veículo" encontra-se inserida no contexto os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e diz respeito à despesa de amortização de ágio.

Diante de tal perspectiva, propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

### **II.1.1. Conceito e Contexto Histórico**

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

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

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

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

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

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

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

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

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

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural<sup>2</sup>. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

---

<sup>2</sup> IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

### II.1.2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

*Art. 219. Extingue-se a companhia:*

*I - pelo encerramento da liquidação;*

*II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.*

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, **sendo a investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

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

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

### II.1.3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

**No primeiro evento**, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

*Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).*

*Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).*

(...)

*Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):*

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

*II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;*

*III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)*

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

#### **II.1.4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida**

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

*Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será*

*computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

*I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

*II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

*§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

*a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

*b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

*§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão<sup>3</sup>.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

---

<sup>3</sup> Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997<sup>4</sup>, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI<sup>5</sup> ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

*(...)*

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

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

<sup>4</sup> Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

<sup>5</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista <sup>6</sup> que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>6</sup> Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou deságio. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

*Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):*

*I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e*

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

*I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*

*II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).  
(grifei)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

*Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado*

*segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):*

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

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

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

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

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

### **II.1.5. Amortização. Despesa.**

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

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

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

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

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

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

---

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99<sup>7</sup>.

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

### **II.1.6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente**

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

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

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

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

---

<sup>7</sup> Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

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

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

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

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

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

### II.1.7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).** E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

*Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):*

*I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e*

*II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.*

*§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).*

*§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):*

*I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*

*II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).*

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

*(...)*

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA<sup>8</sup>.

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

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

<sup>8</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, **a pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

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

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

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

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa**

**jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponible (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI<sup>9</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida**.

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

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

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.

<sup>9</sup> SCHOUERI, 2012, p. 62.

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o conseqüente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o conseqüente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por conseqüência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

### II.1.8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

### II.1.9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Trata-se de aquisição de investimento, envolvendo de um lado, a Contribuinte na condição de adquirente, e empresas sob controle do Grupo Abril (a partir daqui denominadas "GRUPO ABRIL") na condição de alienantes. O investimento correspondia a participações em sociedades de telecomunicação.

Informa o Termo de Verificação Fiscal que a Contribuinte celebrou com o GRUPO ABRIL em 2006 instrumento contratual firmando detalhes sobre o negócio.

Ocorre que a aquisição do investimento pela Contribuinte não se deu de maneira direta. Antes, o GRUPO ABRIL transferiu as participações do investimento para a pessoa jurídica NAVYTREE. Posteriormente, a NAVYTREE foi adquirida pela Contribuinte, momento em que surgiu o ágio decorrente do sobrepreço do investimento. E, logo em seguida, a Contribuinte incorporou a NAVYTREE e passou a amortizar o ágio, porque entendeu que se consumaria a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, que permitiria o aproveitamento da despesa para fins fiscais.

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

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item II.1.8 do presente tópico).

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

A pessoa jurídica **investidora** é a Contribuinte, que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento (participação societária da Contribuinte) com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido.

Por outro lado, a pessoa jurídica investida corresponde ao grupo de sociedades de telecomunicações do GRUPO ABRIL.

Ocorre que o evento de incorporação não se deu entre a Contribuinte e o grupo de sociedades de telecomunicações. Ou seja, não ocorreu entre pessoa jurídica investidora e pessoa jurídica investida.

Pelo contrário, consumou-se entre a Contribuinte e a NAVYTREE. O fato de o investimento ter sido transferido do GRUPO ABRIL para a NAVYTREE, não confere à NATYTREE a condição de investimento na transação. Na realidade, demonstra com clareza que a utilização da NAVYTREE deu-se deliberadamente no sentido de se amoldar à hipótese de incidência da norma que predica sobre o aproveitamento da despesa. Não por acaso, foi denominada pela autoridade fiscal como "empresa-veículo", isso porque é de papel, sem substância econômica e criada especificamente para aglutinar os investimentos a serem adquiridos e depois ser incorporada pelo adquirente visando adequação da norma de despesa tributária.

O Termo de Verificação Fiscal destaca a superficialidade da NATYTREE:

*21. Pois bem, na configuração societária engendrada, a única sociedade que não se ancora no modelo negocial ajustado entre a fiscalizada e o Grupo Abril é a "HoldDing Geral", que corresponde à Navytree, (conforme item "h" do "Acordo", fl. 3 do Doe 21).*

*22. Apesar de as partes terem ajustado intercalar, já por ocasião do "Contrato", a Navytree (ou "Holding Geral", nos termos do "Contrato") entre a adquirente (Telefônica) e as sociedades centralizadoras dos "negócios", esta intercalação não visa cumprir qualquer dos objetivos do modelo negocial.*

*23. Em suma, o modelo negocial poderia ter sido alcançado exatamente da mesma forma sem a interveniência da Navytree, o que obrigatoriamente nos leva à conclusão de que a razão para as partes do "Contrato" terem ajustado a referida intercalação societária foi ocultada do instrumento celebrado entre elas. Essa razão, pelo cêlere desenrolar dos fatos supervenientes, foi tributária.*

Observa-se com nitidez que a NAVYTREE era empresa sem substância econômica, de papel, meramente criada visando a criação de despesa de amortização de ágio. O caso em tela retrata, com nitidez, **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item II.1.6 do presente tópico). Resta evidente o deliberado intuito de **fabricar uma despesa** com repercussão na base tributável.

Nesse sentido, cabe negar provimento ao recurso especial da Contribuinte em relação à matéria.

## II.2 - Qualificação de Multa de Ofício. RE da PGFN.

Em razão das operações descritas no item II.1, protesta a PGFN pelo restabelecimento da qualificação da multa de ofício (150%) imputado pela autoridade fiscal.

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

Vale reproduzir excertos do Termo de Verificação Fiscal:

*12. Apesar da sofisticação do esquema, trata-se do típico uso ilícito de empresa-veículo. Isso se demonstra claramente por vários fatos. Primeiro, até a transferência das participações nas sociedades centralizadoras dos negócios de telecomunicação, a Navytree estava inativa; segundo, a intercalação da referida sociedade não se justifica por qualquer das finalidades negociais previstas no contrato; e terceiro, o intervalo de tempo entre a transferência das participações para a Navytree realizada pelo Grupo Abril (26/10/2007), a aquisição da Navytree pelo fiscalizado (03/12/2007) e a sua incorporação (17/10/2008) foi sobremaneira diminuto.*

(...)

*14. Dessa forma, em razão da ação intencional da fiscalizada para evadir-se do pagamento dos tributos, a multa foi qualificada ao patamar de 150%. Ademais, por terem ativamente colaborado para a ação ilícita do fiscalizado, atribuímos responsabilidade tributária a todas as sociedades envolvidas do Grupo Abril.*

(...)

*27. Também merece ser destacado que, até o momento em que a Navytree recebeu as participações nas sociedades centralizadoras dos "negócios", correspondia a **uma sociedade apenas "no papel", pois, apesar de criada em 2002 (conforme informação colhida no sistema CNPJ, Doc 350), há muitos anos, estivera inativa, como comprovam o ato societário de registro da Assembléia Geral Ordinária, de 30 de abril de 2007, em que consta um demonstrativo com resultado exatamente nulo para os anos calendário de 2004, 2005 e 2006 (Doc 120), e as DIPJ desses mesmos períodos (Doc 351 a 353).** (Grifei)*

O *plus* na conduta é evidente, ultrapassando o tipo objetivo da norma tributária. Não se trata de mero descumprimento do dispositivo legal. Verifica-se a presença dos elementos cognitivo e volitivo, consumando-se o dolo, cuja definição é apresentada com clareza por CEZAR ROBERTO BITENCOURT<sup>10</sup>:

*O dolo, elemento essencial da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é*

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, volume 1, 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 267.

*constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento, é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele.*

Sobre o elemento cognitivo, BITENCOURT<sup>11</sup> discorre com didática:

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

Sobre o elemento volitivo, são claros os ensinamentos<sup>12</sup>:

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

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

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

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

### **II.3 - Repercussão da Glosa de Despesa de Amortização de Ágio na Base de Cálculo da CSLL. RE da Contribuinte.**

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

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

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

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

<sup>11</sup> BITENCOURT, 2007, p. 269.

<sup>12</sup> BITENCOURT, 2007, p. 269.

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

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

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

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

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

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

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

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

E, **em conexão indissociável** com o segundo momento (desenvolvimento do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), o primeiro momento (nascimento do investimento) trata da aquisição do investimento que, se for realizada com sobrepreço, implica na contabilização desse valor a maior em conta específica. É o que diz o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ao determinar nos incisos I e II que o custo de aquisição deveria ser desdobrado em (I) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (II) ágio ou deságio na aquisição. Por isso que, apesar da disposição no art. 25 do Decreto-lei

nº 1.598, de 1977, ser no sentido de que as contrapartidas da amortização do ágio não seriam computadas na determinação do lucro real, **não há nenhum sentido em se considerar que tal ajuste não se aplica para fins de apuração da Base de Cálculo da CSLL. Repito: o que se observa é a convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **II.4 - Juros de Mora sobre Multa de Ofício. RE da Contribuinte.**

Protesta a Contribuinte sobre a incidência de juros de mora sobre multa de ofício.

Sobre o assunto, vale transcrever, inicialmente, o artigo 113, do CTN, que predica que o objeto da obrigação tributária principal é o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária:

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

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

*§ 2º (...)*

Por sua vez, o crédito tributário decorre da obrigação principal, conforme o artigo 139 do CTN:

*Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.*

A penalidade pecuniária tem base no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, materializada na multa de ofício aplicada sobre o tributo.

E, como se pode observar a penalidade pecuniária, decorrente da infração, compõe a obrigação tributária principal e, por conseguinte, **integra o crédito tributário**.

Por sua vez, o CTN, ao discorrer sobre o pagamento, informa que devem incidir **juros** sobre o **crédito** tributário não integralmente adimplido no vencimento, *verbis*:

*Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (grifei)*

§ 1º (...)

E a correção estipulada pelo mencionado art. 161, a partir da Lei nº 9.065, de 1995, segue a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, questão já pacificada pela Súmula CARF nº 4:

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

Verifica-se, assim que **tanto tributo quanto a multa de ofício estão sujeitos à atualização prevista no art. 161 do CTN, mediante aplicação da taxa SELIC**.

Nesse sentido, cabe negar provimento ao recurso especial da Contribuinte em relação à matéria.

### **III. Conclusão.**

Diante do exposto, voto no sentido de (i) não conhecer de preliminar de nulidade arguida pela Contribuinte; (ii) **conhecer e negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte, e (iii) **conhecer parcialmente** do recurso especial da PGFN em relação à matéria qualificação da multa de ofício e, na parte devolvida, **dar-lhe provimento**.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura

## Voto Vencedor

Conselheiro Demetrius Nichele Macei, Redator designado.

Sem embargo ao detalhado e fundamentado voto do ilustre Conselheiro relator, ousou discordar de suas conclusões com relação à manutenção da multa qualificada.

Trata-se de amortização de ágio, originado da aquisição de participação societária no denominado Grupo ABRIL.

Restou evidenciado a realização de planejamento tributário abusivo, pois o contribuinte utilizou-se das formalidades da legislação para obter despesa que, segundo a interpretação do Fisco, adotada por mim, e majoritariamente por esta turma julgadora, não poderia ter sido aproveitada na apuração do IRPJ e CSLL

Identificou-se, contudo, a aplicação plena dos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502/64, notadamente a **fraude** (art. 72), na medida que, conforme entendimento da fiscalização, o contribuinte expressou sua vontade livre e consciente ao enveredar pelo caminho da **simulação**, participando de negócios jurídicos que afrontam o ordenamento pátrio.

Eis a dicção dos referidos dispositivos da Lei nº 4.502/64:

*"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 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."*

Tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, entendo não restar caracterizado o dolo específico apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

Entendo correta a tese suscitada pela recorrente de que seria aplicável ao caso o conceito de erro de proibição, existente no direito penal.

Sempre é bom lembrar que à época em que o antigo Primeiro Conselho de Contribuintes deu início à mudança de sua antiga jurisprudência, que seguia a corrente da estrita legalidade, bastando que os atos ou negócios jurídicos fossem realizados de acordo com as formalidades previstas em lei, o novo tribunal que o sucedeu - CARF - passou a adotar o entendimento encampado neste voto, no sentido de que a legalidade dos atos é condição essencial para que a conduta do contribuinte possa ser considerada lícita, mas não suficiente para que se conclua que os efeitos resultantes de seu conjunto estejam em conformidade com o ordenamento jurídico.

O planejamento tributário se caracteriza, na maior parte das situações, pelo seu caráter preventivo. Isto significa que as diversas alternativas existentes são analisadas e avaliadas antes da ocorrência do fato gerador do tributo.

Desse modo, o contribuinte que pretende planejar, com vistas à economia de impostos, terá de dirigir a sua atenção para o período anterior à ocorrência do fato gerador e nesse período adotar as opções legais disponíveis.

Alguns autores utilizam expressões para definir o tipo de ato praticado pelo contribuinte. Temos, basicamente: elisão, evasão e elusão.

A elisão poderia ser definida como as opções legítimas que o ordenamento apresenta ao contribuinte, já a elisão com abuso de direito, ou elusão, se restringiria aos casos em que o contribuinte, utilizando-se de liberdades negociais, utiliza negócio jurídico legítimo e válido, mas com causa alheia àquela natural do negócio, com o intuito único de economia tributária.

Já a chamada **evasão** se dá após a ocorrência do fato gerador, consistindo em sua ocultação "com o objetivo de não pagar o tributo devido de acordo com a lei, sem qualquer modificação na estrutura da obrigação ou na responsabilidade do contribuinte.[...] Compreende a sonegação, a simulação, o conluio e a fraude contra a lei, que consistem na falsificação de documentos fiscais, na prestação de informações falsas ou na inserção de elementos inexatos nos livros fiscais, com o objetivo de não pagar o tributo ou de pagar importância inferior à devida.

No caso concreto, não há dúvidas de que a conduta praticada pelo contribuinte enquadra-se no conceito de elisão abusiva (ou se preferir, elusão), uma vez que as provas indicam que todos os atos foram praticados antes da ocorrência do fato gerador, devidamente contabilizados e calcados em documentos formalmente corretos, e, nesse cenário, quer se enquadre tal conduta como abuso de direito (o que implica a requalificação dos fatos).

Concordo com as conclusões obtidas pela Turma Julgadora Ordinária, no sentido de que a interpretação do contribuinte quanto o sentido e alcance da legislação pertinente à espécie deu-se de maneira contrária àquela do Fisco, para o mesmo caso. Uma vez prevalecendo a interpretação fiscal, está o contribuinte sujeito a punição severa, típica da repressão tributária, que como é notório, é muito superior ao descumprimento das obrigações de outra natureza (civil, administrativa etc).

Contudo, a mera divergência interpretativa não pode agravar ainda mais a situação do contribuinte. O erro não pode equiparar-se ao dolo. E o erro, em matéria tributária, já é punido de forma exemplar.

Entendo que, além do exame do caso concreto, é preciso entender a realidade empresarial de Cias. de grande porte, como é o caso do contribuinte em questão. Não podemos presumir que Cias. assim sejam imaculadas. Mas por outro lado, podemos sim presumir que o controle sobre elas é muito mais rigoroso que as demais. Sujeitam-se a regras do mercado aberto de capitais, e por essa razão à auditoria independente e consultorias de diversos níveis, conselhos de administração, fiscais, comitês diversos...

Assim, é temerário imaginar que neste cenário de intenso controle e sobrecontrole, uma Cia. de grande porte tal qual o contribuinte possa agir sem o acompanhamento e a opinião de empresas internacionais renomadas, sobretudo em planejamentos dessa natureza. O contribuinte, neste caso, teve a má sorte de adotar interpretação que, mesmo "avalizada" por experts, não coincidiu com aquela dada pela fiscalização, nos cinco anos seguintes.

E mesmo num pensamento mais rigoroso, em que o contribuinte teve a intenção declarada de única e tão somente "economizar tributo", o que não teria nada a ver com azar, mas com conduta deliberadamente contra os interesses da Receita Federal, ainda assim, entendo não presentes os elementos qualificadores. Aliás, aqui há um paradoxo: quanto mais declarada a intenção do contribuinte num determinado sentido, maior as chances de não haver fraude.. Fraude se alia a conceitos de subterfúgio, de subtração, de declaração falsa, de agir às escondidas, camufladamente....

Não há deste modo que se falar em sonegação (art. 71 da Lei nº 4.502/64), uma vez que todos os atos foram devidamente declarados à Receita Federal, excluindo-se a possibilidade de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Portanto, tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, entendo não restar caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

Logo, ausentes elementos que permitam enquadrar a conduta da autuada nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), voto por reduzir a penalidade para 75%.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei