



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 16643.000274/2010-53
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9101-006.838 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 7 de fevereiro de 2024
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
EATON LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de recurso especial quando a matéria que o recorrente pretende discutir não foi abordada pela decisão recorrida. A competência da CSRF é solucionar divergências entre julgados do CARF quanto à interpretação da legislação tributária, o que não se verifica na hipótese do acórdão recorrido ter sido omissivo no ponto em que a recorrente busca rediscutir, sem que ela tenha oposto embargos de declaração, até mesmo para prequestionar a matéria.

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE “ÁGIO INTERNO”. MULTA QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO.

Considerando que, à época dos fatos geradores, não havia disposição legal que vedava a dedução do dito *ágio interno*, existindo uma verdadeira dúvida interpretativa quanto ao direito de sua amortização fiscal, incabível a qualificação da penalidade, devendo esta ser reduzida de 150% para 75%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. Votaram pelas conclusões, quanto ao recurso do Contribuinte, os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designada para redigir os fundamentos do voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado que votaram por negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa – Redatora Designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Viviani Aparecida Bacchmi, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recursos especiais (fls. 2.060/2.078) interpostos respectivamente pela Fazenda Nacional e pelo sujeito passivo em face do Acórdão n.º **1301-001.756** (fls. 2.011/2.054), o qual, por unanimidade de votos, deu parcial provimento aos recursos voluntário e de ofício com base na seguinte ementa.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

NULIDADE EQUÍVOCO NA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXCESSO DE COMPENSAÇÃO DECORRENTE DAS INFRAÇÕES APURADAS.

Lançamento formalizado sem multa e com exigibilidade suspensa, por estar o contribuinte acobertado por provimento judicial, não pode influenciar o lançamento exigível, e com imposição de multa de ofício. A irregularidade decorrente da não observância desse fato não acarreta nulidade do lançamento, implicando tão somente afastamento da multa e determinação de suspensão da exigibilidade sobre a parcela do crédito por ela influenciado.

NULIDADE EQUÍVOCOS NA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A não computação do valor das antecipações, para fins de apuração do crédito lançado, não acarreta a nulidade do lançamento, implicando tão somente na redução do crédito exigível, pela consideração das antecipações declaradas.

NULIDADE DA DECISÃO ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO INOCORRÊNCIA.

Não configurada a alegada alteração do critério jurídico do lançamento, impecede a arguição de nulidade da decisão.

FATOS CONTABILIZADOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DECADÊNCIA.

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

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AMORTIZAÇÃO DEDUÇÃO AO AMPARO DO ART. 7º DA LEI Nº 9.532/95.

Estando provado nos autos os investimentos que geraram o ágio e que foram efetivamente adquiridas por valor superior ao seu equivalente patrimonial, bem como que essa mais valia contabilizada (ágio) tem fundamento em rentabilidade futura documentalmente demonstrada, não se sustenta a glosa das amortizações.

ÁGIO INTERNO SIMULAÇÃO AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. Inobstante haver a possibilidade de existência de ágios reais, efetivos, com causa, formados dentro do mesmo grupo econômico, se os aspectos fáticos do caso concreto demonstram que o único objetivo das operações efetivadas foi fazer aparecer um ágio inexistente, tem-se como configurada a simulação relativa, o que autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado.

DECORRÊNCIA CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa de irregularidades descritas e analisadas no lançamento de IRPJ, constante do mesmo processo, o decidido em relação ao processo principal (IRPJ) aplica-se, no que couber, à CSLL.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICAÇÃO.

A simulação tem ínsita no seu conceito a fraude, que se subsume à definição contida no art. 72 da Lei nº 4.502/64: A ação dolosa tendente a modificar as características essenciais da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido. Aplicável a multa qualificada de 150%.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO TAXA SELIC.

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

Em resumo, o presente processo é decorrente de Autos de Infração que exigem, em relação aos anos-calendário 2005 a 2008, IRPJ e CSLL, acrescidos de multa qualificada de 150%, em razão da glosa da dedução de despesas com ágios.

Após impugnar os lançamentos, foi proferida decisão de primeira instância parcialmente favorável ao contribuinte, tendo mantido integralmente a glosa, mas desqualificado a multa.

Ao julgar os recursos voluntário e de ofício, a Turma Recorrida reconheceu a dedutibilidade das despesas de amortização de ágio relativo à aquisição das empresas Hayward e Pigozzi, mas manteve a glosa do ágio relativo à aquisição da Eaton Ltda., restabelecendo a multa qualificada para esta infração.

Nesse contexto, o **recurso especial da Fazenda Nacional** aborda o tema da “extemporaneidade do laudo para fins de amortização de ágio”, com relação à participação

societária na Hayward (Eaton Filtration). Alega que o laudo foi elaborado após o pagamento efetivo do preço, o que configuraria divergência em face do *paradigma 1102-001.104*.

Em primeira análise o Apelo teve seguimento negado (fls. 2.081/2.084), mas este foi reformado (fls. 2.100/2.107) após agravo (fls. 2.094/2.098), nos seguintes termos:

(...)

Reportando-se a este e outros documentos comprobatórios do pagamento da aquisição, o Conselheiro Relator do acórdão recorrido firmou o entendimento de que eles permitem verificar não só a veracidade do ágio, como também sua fundamentação com base na expectativa de resultados futuros. Especificamente em relação ao laudo questionado, consta do voto condutor apenas que:

Às fls. 1043/1063 documento de avaliação a valor de mercado, em idioma inglês, evidenciando a avaliação segundo o fluxo de caixa descontado (expectativa de resultados futuros, fls. 1053).

Tais documentos, que a meu juízo são suficientes para comprovar a dedutibilidade do ágio, não foram considerados pela decisão recorrida. Com o recurso a interessada trouxe a tradução reclamada.

Constata-se, frente a este cenário, que o voto condutor do julgado não refutou expressamente o argumento trazido pela Fazenda Nacional em contrarrazões. E, tratando-se de prova não examinada pela autoridade lançadora, e nem mesmo na 1ª instância de julgamento (dado estar desacompanhada de tradução), ela foi apreciada e valorada exclusivamente no exame do recurso voluntário, sendo classificada como hábil a legitimar parte das amortizações de ágio questionadas, apesar de a Fazenda Nacional ter alertado para o fato de que o documento fora produzido depois de efetivada a aquisição. Em tais circunstâncias, o silêncio do voto condutor do acórdão recorrido somente pode ser interpretado como discordância em face do argumento da Fazenda Nacional, tempestivamente trazido aos autos.

Não se trata, portanto, de omissão acerca de matéria que impeça a caracterização da divergência. Por meio do único veículo à disposição da Fazenda Nacional - contrarrazões - foram apresentadas objeções ao documento trazido apenas em recurso voluntário, mas tais questionamentos não se prestaram a alterar o entendimento do Conselheiro Relator, cuja manifestação foi limitada à defesa apresentada pelo sujeito passivo. A conclusão daí extraída, portanto, é de que a elaboração do laudo depois da aquisição do investimento era irrelevante para afastar seu conteúdo como fundamento do ágio pago.

Por sua vez, a agravante traz como paradigma o Acórdão n.º 1102-001.104 e é possível sintetizar a divergência arguida com o seguinte excerto do recurso especial apresentado:

Assim, configurada a divergência de entendimento nas Turmas do CARF, pois, diante da similitude fática percebe-se que houve a adoção de soluções diversas, porque, enquanto o Acórdão recorrido 1301-001.756 entendeu que o fundamento econômico do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura foi comprovado por laudo elaborado após o pagamento do ágio, o Acórdão paradigma 1102-001.104 entendeu que o laudo/documento apto a comprovar o fundamento econômico de ágio baseado em rentabilidade futura deve ser contemporâneo ao pagamento do ágio, ou seja, deve ser comprovado antes, ou no máximo, até o momento do efetivo pagamento do ágio. (destaques do original)

De fato, o voto condutor do paradigma é expresso ao firmar a data de aquisição como limite para elaboração do laudo que fundamenta o ágio pago:

A empresa CPV adquiriu participações societárias da empresa ora recorrente (VDB) com ágio, nas datas de 31/12/1983, 30/06/1985, 30/11/1988, 31/12/1988 e 31/12/1999, conforme informado pela própria.

A recorrente sustenta que o ágio pago, em todos os casos, sempre foi decorrente da rentabilidade futura da VDB, e que este fato pode ser comprovado pelo laudo elaborado pela ZHC Consultores Ltda.

Contudo, entendo que o referido laudo não se presta à finalidade desejada.

De início, registre-se que a lei não exige propriamente a produção de um laudo que ateste a rentabilidade futura da coligada ou controlada, senão antes exige uma mera “demonstração” desta rentabilidade futura — a qual, por certo, também se pode materializar em um laudo.

Contudo, a lei exige que essa demonstração seja arquivada como comprovante da escrituração do fundamento do ágio. Escrituração, a qual, aliás, também obrigatoriamente deve indicar o fundamento econômico do ágio, já no momento da aquisição de participação societária.

Analisadas em conjunto essas duas disposições legais obrigatórias, percebe-se claramente que o fundamento econômico do ágio há de ser determinado antes — ou, no máximo, até o momento — da aquisição. Trata-se, ainda, de uma questão de ordem lógica: não faz sentido imaginar que o fundamento econômico determinante para o pagamento de um ágio somente possa ter-se tornado conhecido após a operação de compra. Ora, se somente tornou-se conhecido após a aquisição, não pode ter sido ele o fator determinante para o pagamento ocorrido.

Assim, a prova de que foi a rentabilidade futura a razão do pagamento do ágio incumbe obrigatoriamente à empresa que por ele pagou, e tal prova há de ser feita com documentos contemporâneos aos fatos. (negrejou-se)

Frente a tais circunstâncias, apesar de o acórdão recorrido não veicular *discussão da matéria sob a perspectiva arguida pela recorrente*, como a questão foi suscitada em contrarrazões, é válido concluir que a data de elaboração do laudo foi considerada irrelevante para desconsiderar a prova apresentada em recurso voluntário, a evidenciar divergência em face do paradigma nº 1102-001.104.

O sujeito passivo apresentou contrarrazões (fls. 2.139/2.160) em que questiona a admissibilidade e o mérito do recurso. Opôs também embargos de declaração (fls. 2.121/2.135) contra a decisão recorrida alegando duas contradições, os quais foram rejeitados (fls. 2.173/2.178).

Em seguida **interpôs recurso especial**, alegando divergência de interpretação da legislação tributária em relação a duas matérias: **(i) dedutibilidade do ágio gerado na aquisição pela Eaton Indústrias de participação societária na Eaton Ltda;** e **(ii) indevida qualificação da multa.**

Despacho de fls. 2.326/2.337 deu seguimento apenas à segunda matéria, *in verbis*:

(...)

2) Indevida qualificação da multa - inexistência de simulação.

A Recorrente, nesta questão, aponta divergência jurisprudencial entre a conclusão deduzida pelo acórdão recorrido, de que deveria ser restabelecida a multa qualificada, em razão da constatação de simulação relativa nas operações analisadas, e os paradigmas. O primeiro, que julgou caso similar, tratando da mesma operação apreciada neste processo, consignado a tese de que, não teria havido a simulação. E o seguinte, que apreciando operação envolvendo partes relacionadas, manteve a glosa do ágio mas afastou a qualificação da multa.

De fato, o acórdão recorrido manteve a qualificação da multa por defender que houve, no caso, a simulação e esta sempre denuncia a intenção de enganar. Observe-se:

Assim, se a convicção é de que ocorreu simulação relativa, ao meu sentir, não há como afastar a qualificação da multa (matéria de recurso de ofício), pois a simulação (quer absoluta, quer relativa) envolve sempre a intenção de enganar (dolo).

O primeiro paradigma indicado, o Acórdão nº 1301-002.238, foi proferido nos autos do processo nº 10830.723465/2014-27, e julgou o Recurso Voluntário apresentado pela mesma empresa autuada, EATON LTDA., em virtude da mesma operação tratada nestes autos, cuja diferença reside, apenas, nos períodos autuados. Trata-se, assim, de lançamento para exigência de IRPJ e CSLL sobre deduções indevidas de amortização de

ágio surgido em operações envolvendo empresas integrantes do mesmo grupo - "*ágio interno*"; e ágio cujo fundamento econômico restou não comprovado, sobre as quais aplicou-se a multa qualificada.

No voto, consignou-se o entendimento no sentido de que o ágio interno não é dedutível, porque não envolve pagamento de preço e partes independentes. Mas a multa qualificada foi exonerada. A justificação para a exoneração foi a de que o pressuposto para a qualificação é a existência de sonegação, fraude ou conluio, praticadas deliberadamente e intencionalmente pelo agente para obter ganho tributário, mas que, o caso, envolvendo operações realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico, no contexto de um processo de reorganização societária, não se encaixaria nesse padrão.

Observou que o assunto do ágio interno envolvia grandes debates e diferentes conclusões, inclusive pela validade do ágio intra-grupo. E não se poderia afirmar que agiu de má-fé o contribuinte que se comportou segundo esse entendimento.

Tratando-se do mesmo tema, da mesma operação, em relação ao mesmo sujeito passivo, não se pode negar que as situações fáticas são quase que idênticas. Mas as conclusões a que chegaram os colegiados foram distintas, o que caracteriza a divergência jurisprudencial.

O paradigma, Acórdão n.º 1401-001.536, não deduziu ementa específica sobre a matéria. Segundo o relatório que antecede o voto nele proferido, houve uma série de operações societárias com o objetivo de gerar um ágio que permitiu o aumento do custo do investimento da Recorrente na empresa CIDEM Ferramentas Diamantadas, sucedida pela Side Participações, e a respectiva redução do ganho de capital sobre o qual foram exigidos IRPJ e CSLL acrescidos da multa qualificada.

Esse ágio, segundo o colegiado, seria artificial e, assim indedutível, pelas seguintes razões:

- a) foi gerado dentro de um mesmo grupo;
- b) utilizou-se de empresa veículo que existiu apenas formalmente e por curto período de tempo, para que pudesse permitir a operação em questão;
- c) não houve fluxo financeiro.

Mas todas essas razões, que também motivaram a qualificação da multa, no entender do relator não seriam suficientes a manter a exasperação da penalidade, em razão da ausência de má-fé e, portanto, do dolo. Observe-se:

Toda a argumentação da Recorrente no tocante ao fato de ter seguido as leis e de, por consequência lógica, não ter cometido nenhum ilícito no tocante às operações que praticou, não vale, como explicado anteriormente, para afastar a glosa do ágio e o recálculo do custo do investimento que reduziu o ganho de capital da Recorrente.

Por outro lado, entendo que vale para afastar a caracterização de fraude ou má fé.

A operação em análise foi realizada em 2006 e, até este ano de 2016, ainda há discussões sobre aspectos de operações envolvendo ágio.

Aliás, no ano de 2006, operações com geração de ágio artificial eram corriqueiras no mercado e incentivadas por empresas de assessoria fiscal e/ou contábil renomadas.

Concluo, assim, que a Recorrente apenas tentou se valer de um planejamento tributário que julgava à época ser válido. Todas as operações foram devidamente registradas e em nenhum momento houve qualquer recusa de informação ao Agente Fiscal, demonstrando a sua boa fé do início ao fim.

O que há aqui é uma diferença de interpretação entre a posição da Recorrente e aquela que vem sendo consolidada no CARF nos últimos anos.

Desqualifico, portanto, a multa de ofício de 150% para 75%

Mais uma vez demonstra-se que as situações fáticas analisadas pelas decisões contrapostas foram similares, mas as conclusões caminharam em rumos opostos, o que caracteriza a divergência jurisprudencial.

Portanto, nesta matéria, deve ser dado seguimento ao Recurso Especial.

Em seguida a contribuinte apresentou Agravo (fls. 2.348/2.362), tendo sido este rejeitado (fls. 2.365/2.374).

A Fazenda Nacional, chamada a se manifestar, apresentou contrarrazões questionando exclusivamente o mérito do recurso especial.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

Admissibilidade recursal

Os recursos especiais são tempestivos. Passo a examinar os demais requisitos para a sua admissibilidade.

Recurso especial da Fazenda Nacional

O recurso especial da Fazenda Nacional pretende discutir o tema do prazo para a elaboração do laudo que dá base ao ágio de rentabilidade futura.

Como afirmado no reexame de admissibilidade, o acórdão recorrido não traz razões expressas quanto a essa matéria, muito embora a decisão tenha validado os documentos apresentados pelo sujeito passivo para embasar a rentabilidade futura do ágio em questão.

Em suas contrarrazões, o contribuinte questiona o seguimento do recurso especial da Fazenda Nacional, sustentando que este teria sido “*admitido com base em uma divergência presumida pelo silêncio da decisão recorrida, o que é absolutamente descabido*”. Argumenta ainda que “*a simples menção da matéria em contrarrazões de recurso voluntário não é suficiente para considerar que a matéria foi apreciada na r. decisão recorrida.*”

Pois bem.

Da análise dos autos, cumpre observar que a questão relativa à intempestividade do laudo de expectativa de rentabilidade futura não foi arguida pela acusação fiscal, que se baseou na ausência de apresentação de documento de suporte ao ágio (documentação esta, diga-se, que somente foi juntada aos autos, em inglês, com a impugnação, vindo a tradução apenas com o recurso voluntário).

Muito embora alegada em contrarrazões da Fazenda Nacional, a tese da intempestividade do laudo não foi abordada pela decisão ora recorrida, que limitou-se a aceitar os documentos apresentados, nada dizendo sobre a sua data ou sobre qualquer outro aspecto quanto ao seu conteúdo. Confira-se:

4.2 Ágio relativo à participação societária na Hayward (Eaton Filtration).

Esse item é, em tudo, análogo ao anterior, relacionado com a empresa Pigozzi

A participação societária a que se refere (Hayward Industrial Products do Brasil Ltda., depois denominada Eaton Filtros Ltda.) foi adquirida de terceiros pela Eaton Ltda. em 31/08/2005, pelo preço de R\$ 4.898.153,02, valor esse contabilizado como ágio, tendo em vista que a empresa adquirida possuía patrimônio líquido negativo. Em 02 de janeiro de 2006 a Eaton Ltda. incorporou a Eaton Filtros, e passou a amortizar o ágio, conforme previsto no inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Portanto, também nesse caso não se trata de ágio gerado em operação entre partes relacionada, nem de incorporação inversa (investida incorporando a investidora).

A motivação apontada pela fiscalização para glosar as amortizações foi a mesma que utilizou para glosar as referentes à empresa Pigozzi: os laudos de avaliação e balanços não apontam a apuração de qualquer mais valia, e apenas se afirma que o ágio decorre da diferença entre o patrimônio líquido da empresa e o respectivo valor de compra.

Assim como no caso da Pigozzi, com a impugnação a Recorrente juntou a 7ª Alteração do Contrato Social da Hayward, formalizando a cessão de 4.290.391 quotas à Eaton Ltda. e alterando a denominação social para Eaton Filtrations Indústria de Filtros Ltda., comprovantes do pagamento do preço de R\$ 4.898.153,02 pela aquisição das quotas da Hayward de terceiro, balanço patrimonial da Hayward indicando patrimônio líquido negativo em R\$ 682.187,07, estudo realizado pela American Appraisal Associates sobre a expectativa de resultados futuros.

Tais documentos permitem verificar não só a veracidade do ágio, como também sua fundamentação com base na expectativa de resultados futuros. A conferir:

(...)

Às fls. 1043/1063 documento de avaliação a valor de mercado, em idioma inglês, evidenciando a avaliação segundo o fluxo de caixa descontado (expectativa de resultados futuros, fls. 1053).

Tais documentos, que a meu juízo são suficientes para comprovar a dedutibilidade do ágio, não foram considerados pela decisão recorrida. Com o recurso a interessada trouxe a tradução reclamada.

Dessa forma, entendo como improcedente a glosa efetuada pela fiscalização.

Considerando, então, a falta de análise da *matéria* que a Recorrente ora busca rediscutir pela Turma Julgadora *a quo*, o juízo prévio de admissibilidade negou seguimento ao Apelo. Veja-se:

(...)

A recorrente alega que a turma recorrida acatou a comprovação do ágio na aquisição da participação societária da empresa HAYWARD, mesmo sendo o laudo apresentado elaborado em data posterior ao pagamento do ágio.

Ocorre que, examinando-se a o acórdão recorrido não se vislumbra a discussão da matéria sob a perspectiva arguida pela recorrente. As razões contidas no voto condutor do acórdão recorrido não abarcam a discussão quanto ao momento da elaboração do laudo que teria dado suporte ao reconhecimento do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura, conforme se constata do excerto abaixo, *verbis*:

(...)

Assim, entendo que, não tendo sido discutida a questão, sob a perspectiva alinhada nas razões do recurso especial para configurar a divergência, este não pode ter seguimento.

Com a devida vênia ao despacho reformador, nenhum reparo caberia a esse racional. Isso porque, diante dessa evidente *omissão* no julgado recorrido, deveria a Fazenda Nacional opor embargos de declaração para que sua alegação, ainda que arguida apenas em contrarrazões, fosse de fato examinada pela Turma recorrida. Somente assim é que esta CSRF poderia dirimir a alegada divergência jurisprudencial, sob pena de indevidamente flexibilizar o necessário prequestionamento da matéria, requisito este essencial para conhecimento recursal nos termos do que dispõe o artigo 118, §5º, do RICARF/2023:

Art. 118. Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra acórdão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial, Turma Extraordinária ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

(...)

§5º - O recurso especial somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo a demonstração, com precisa indicação na peça recursal, do prequestionamento no acórdão recorrido, ou ainda no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos

Sobre o assunto, o Manual de Exame de Admissibilidade de recurso especial assim orienta (grifamos):

Embora referido dispositivo só exija do sujeito passivo a demonstração de prequestionamento, isto não significa que a Fazenda Nacional possa apresentar recurso especial acerca de matéria não tratada no acórdão recorrido, pois **a demonstração da divergência jurisprudencial exige, necessariamente, que a matéria tenha sido examinada pelo Colegiado recorrido.**

Outro fato que chama atenção é o de que, em face da forma como a decisão recorrida foi motivada, não é possível sequer saber se a extemporaneidade do laudo é um fato propriamente dito, ou se trata de mera alegação da Fazenda Nacional, análise esta que implicaria inclusive no exame de documentos e valoração de provas de forma inaugural por esta CSRF, o que foge da competência dessa Turma.

Considerando, então, a apontada falta de prequestionamento, e até mesmo para evitar supressão de instância, o recurso especial da Fazenda Nacional não deve ser conhecido.

Recurso especial da contribuinte

O recurso especial da contribuinte apenas teve seguimento quanto à qualificação da multa de ofício, com base nos Acórdãos *paradigmas* **1301-002.238** e **1401-001.536**, sem que a Fazenda Nacional tenha questionado o conhecimento.

No caso, a decisão recorrida entendeu que deveria ser restabelecida a multa qualificada para o ágio relativo à Eaton Ltda., ágio este decorrente de uma *reavaliação* das quotas da Eaton Ltda., promovida por sua então sócia, a Eaton Holding (Luxemburgo), quando da contribuição dessa participação societária para integralizar o capital social da Eaton Indústrias Ltda.

Nesse ponto, após resumir os fundamentos da acusação fiscal, o voto condutor do acórdão recorrido refuta a posição de que em regra todo ágio interno seria indedutível, mas ressalta que “*devem ser rejeitados os efeitos tributários relacionados com ágios artificialmente criados, com o único objetivo de gerar uma despesa tributária, fruto de atos viciados por dolo (fraude, simulação ou outra ilegalidade).*”

Afirma que “*via de regra, o ágio gerado em operações entre partes relacionadas não se presta a instrumento de planejamento, por não gerar economia tributária, eis que a “mais valia” será objeto de tributação como ganho de capital no alienante (do mesmo grupo). Contudo, quando o “ágio interno” decorre de operações envolvendo pessoa jurídica no exterior (não tributada no Brasil), ele se presta, sim, a servir de instrumento com o fim exclusivo de gerar economia fiscal no Brasil.*”

Em seguida conclui que o ágio em questão envolveu *simulação relativa, verbis*:

Havia um legítimo propósito comercial de unificação das empresas do grupo Eaton no Brasil (concretizável por incorporação ou fusão), mas isso não justifica o aumento de capital em uma delas antes dessa unificação para logo depois desfazer seus efeitos. E de tudo que consta dos autos, **a conclusão a que se chega é que esse aumento de capital teve um fim exclusivo: possibilitar o aparecimento de um ágio amortizável.**

A meu ver, a reorganização societária em análise tem os contornos de uma simulação relativa. O efetivamente desejado foi exclusivamente propiciar o aparecimento de uma despesa dedutível para fins fiscais, e para isso formalizou-se um aumento de capital em Eaton Indústrias (que justificou a contabilização do ágio), cujos efeitos foram, em curto espaço de tempo, desfeitos pela extinção da empresa.

(...)

Minha convicção é, realmente, de ocorrência de simulação relativa, a dissimulação pura e simples de uma inserção de despesa artificialmente criada. Não existe mais nada além do ato dissimulado (a criação artificial de uma despesa) já que não há conteúdo material pela forma apresentada. **Não houve execução material do negócio formalizado (o aumento de capital com conferência das quotas com ágio) que, num curtíssimo espaço de tempo foi desfeito pela incorporação da investidora pela investida, restando apenas o ágio que se objetivou aparecer.**

Assim, se a convicção é de que ocorreu simulação relativa, ao meu sentir, não há como afastar a qualificação da multa (matéria de recurso de ofício), pois **a simulação (quer absoluta, quer relativa) envolve sempre a intenção de enganar (dolo).**

Foi relevante para a decisão recorrida, portanto, o fato de se tratar de um ágio gerado em operação de integralização de capital que ensejou uma *reavaliação* da participação societária contribuída por uma pessoa jurídica estrangeira.

O **paradigma 1301-002.238** analisou os mesmos fatos apreciados nos presentes autos, em autuação de glosa de despesas com amortização deste próprio ágio, mas referentes às deduções feitas nos anos-calendário 2009 a 2012.

Também naquele caso manteve-se a glosa deste “ágio interno”, sob alegação de quer ele “*carece de substância econômica, pois criado arbitrariamente entre partes dependentes*”, mas afastou-se a multa qualificada sob o fundamento de que, no tempo dos fatos colhidos no lançamento, havia aberto dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da legitimidade e da validade do ágio resultante dessas operações de reestruturação societária, inclusive as que envolviam empresas do mesmo grupo, afirmando que “*Ora, se essa figura, aos olhos de alguns conselheiros e de alguns juristas, parecia compatível com o direito, é impossível*

afirmar que agiu de má-fé o contribuinte que se comportou segundo esse entendimento, ainda que o tempo venha a mostrar a falta de juridicidade dessa posição.” E continua:

Por essas razões, não se afigura correto exacerbar a multa, supondo ter havido dolo e intuito de fraude, quando o assunto ainda suscita discussão. O contribuinte, diante da controvérsia e da existência de dois caminhos, optou pelo que lhe parecia mais conveniente.

Em suma, a falta de clareza e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria, afastam a possibilidade de aplicação de multa qualificada. A presunção deve ser a de que o contribuinte agiu de boa-fé.

Como se percebe, o *primeiro paradigma*, além de ter analisado as mesmas operações objeto do recorrido, possui racional que, se confrontado com a decisão recorrida, seria capaz de alterar seus fundamentos. Daí a caracterização do dissídio com base nesse precedente.

Do Acórdão n.º **1401-001.536** (*segundo paradigma*), por sua vez, extrai-se o quanto segue:

Relatório

(...)

O Auto de Infração exige IRPJ e CSLL no valor de R\$ 50.281.256,19 sobre ganho de capital que teria sido reduzido por conta de um aumento artificial do custo de investimento.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, houve uma série de operações societárias com o objetivo de gerar um ágio que permitiu o aumento do custo do investimento da Recorrente na empresa CIDEM Ferramentas Diamantadas (sucédida pela Side Participações) e a respectiva redução do ganho de capital sobre o qual se tributa a diferença de IRPJ e CSLL tidos por não pagos.

(...)

A razão do Auto de Infração foi um suposto custo inflado por ágio criado artificialmente. Isso teria acontecido do seguinte modo. Teriam sido realizadas operações sem geração de riqueza nova, semelhantes àquelas que são perpetradas com o objetivo de gerar ágio para efeito de dedutibilidade da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

O objetivo seria inflar o investimento na SIDE Participações, antiga CIDEM, para gerar um menor resultado tributável quando da sua alienação.

Para tanto, a SADA realizou uma reavaliação do seu investimento na SADA Forjas e, em ato subsequente, integralizou quotas na COIP com esse valor, criando um ágio fictício, que serviu para elevar o valor do investimento na SIDE, controladora da COIP, por equivalência patrimonial.

Deste modo, o Agente Fiscal, concluindo que houve registro indevido de ágio interno gerado sem propósito negocial, recalculou o lucro tributável da Recorrente, desconsiderando o ágio e tributando a diferença pelo IRPJ e pela CSLL.

Por entender que houve simulação, aplicou a multa qualificada de 150% e lavrou Representação para Fins Penais. Aplicou também multa isolada de 50% pelo não recolhimento das estimativas com os valores devidos.

(...)

Voto

(...)

Nesse único caso concreto, há diferentes elementos que ensejam a configuração de artificialidade do ágio: a) ele foi gerado dentro de um mesmo grupo; b) utilizou-se

empresa veículo que existiu apenas formalmente e por curto período de tempo, para que pudesse permitir a operação em questão; c) não houve fluxo financeiro.

Como bem colocado pelas Contrarrazões da Fazenda Nacional, a COIP serviu de empresa veículo que foi criada e extinta após alguns meses. O ágio gerado por conta de suposto investimento feito nela a valor de mercado, com base em suposta expectativa de rentabilidade futura, deixou de existir em curtíssimo espaço de tempo.

Trata-se de típica operação em que se cria um empresa veículo por tempo efêmero com a subscrição de quotas de uma empresa controlada por outra empresa do grupo, gera-se o ágio artificial e depois há uma incorporação reversa.

No começo da "foto", está Sada Participações em cima, CIDEM (que se tornou SIDE) abaixo dela e SADA Forjas abaixo da CIDEM. A COIP aparece momentaneamente entre a CIDEM e a SADA, mas depois a COIP é incorporada por esta última, ficando clara a falta de propósito negocial.

Se o ágio é artificial, ele não deve "ingressar" na contabilidade. De fato, o ágio em questão nem poderia ser registrado, tendo em vista que não foi uma despesa incorrida com base em expectativa de rentabilidade futura. Houve uma mera reavaliação de participações societárias.

Como afirmado, para fins da discussão sobre a dedutibilidade do ágio, importa ser comprovado propósito negocial, o que não foi feito. Apenas houve alegações sobre um desejo da família proprietária do grupo de realizar uma reestruturação, que, ao final, não deu certo.

(...)

Ao contrário do que alega a Recorrente, não haverá *bis in idem*, pois o ganho capital registrado na CIDEM é tão artificial quanto o ágio.

(...)

Multa qualificada

Toda a argumentação da Recorrente no tocante ao fato de ter seguido as leis e de, por consequência lógica, não ter cometido nenhum ilícito no tocante às operações que praticou, não vale, como explicado anteriormente, para afastar a glosa do ágio e o recálculo do custo do investimento que reduziu o ganho de capital da Recorrente.

Por outro lado, entendo que vale para afastar a caracterização de fraude ou má fé. A operação em análise foi realizada em 2006 e, até este ano de 2016, ainda há discussões sobre aspectos de operações envolvendo ágio.

Aliás, no ano de 2006, operações com geração de ágio artificial eram corriqueiras no mercado e incentivadas por empresas de assessoria fiscal e/ou contábil renomadas.

Concluo, assim, que a Recorrente apenas tentou se valer de um planejamento tributário que julgava à época ser válido. Todas as operações foram devidamente registradas e em nenhum momento houve qualquer recusa de informação ao Agente Fiscal, demonstrando a sua boas fé do início ao fim.

O que há aqui é uma diferença de interpretação entre a posição da Recorrente e aquela que vem sendo consolidada no CARF nos últimos anos.

Desqualifico, portanto, a multa de ofício de 150% para 75%.

Verifica-se que esse segundo caso comparado, embora analisando a questão sob um outro viés (glosa de custo em autuação de ganho de capital) também tratou de operação de ágio gerado intragrupo, sem fluxo financeiro e mediante reavaliação, tendo a decisão mantido o lançamento por entender que tal ágio seria "artificial", mas, em sentido contrário ao recorrido, afastou a multa qualificada.

Assim, conheço do recurso especial do sujeito passivo também à luz desse segundo precedente.

Mérito

O mérito do recurso especial do sujeito passivo consiste em decidir se é ou não legítima a aplicação de multa qualificada em infração de glosa de dedução decorrente de aproveitamento do dito *ágio interno*.

Por se tratar de matéria conhecida do presente Julgador e dessa C. Turma, reproduzo meu voto proferido no Acórdão n.º **9101-006.477**, de 07 de março de 2023, o qual, por maioria de votos, afastou-se a qualificação da penalidade em situação análoga. Confira-se:

A qualificação da multa de ofício encontra-se prevista no § 1º do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96, *in verbis*:

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

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

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Da leitura desse dispositivo, verifica-se que a multa de ofício ordinária é de 75%, cabível nas hipóteses de falta de recolhimento do tributo, falta de declaração ou apresentação de declaração inexata, devendo esta ser duplicada apenas nas hipóteses previstas nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei n.º 4.502/1964, abaixo transcritos.

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.

Para que se possa, então, cogitar a qualificação da multa (de 75% para 150%), é imprescindível que a autoridade fiscal identifique e comprove, além da conduta de não pagar tributo, não declará-lo ou declará-lo de forma inexata, que a contribuinte teve a intenção de esconder que ela própria incorreu na materialidade tributária ou que ela se valeu de medidas ilícitas para manipular o fato gerador.

Para esse labor, deve-se diferenciar as hipóteses de *contraste hermenêutico* das hipóteses em que o contribuinte busca atuar sobre o material fático, com vistas a intencionalmente ocultar ou dificultar o descobrimento dos fatos ou operações efetivamente praticadas. São coisas inconfundíveis...

Nesse caso concreto, entendo que não houve qualquer conduta fraudulenta ou dolosa por parte da contribuinte, mas, quando muito, uma interpretação divergente quanto às normas tributárias que conferem o direito de deduzir o chamado *ágio interno*, interpretação divergente esta que, nesse caso concreto, inclusive gerou a tributação imediata do ganho de capital pelos vendedores da ordem de R\$ 50 milhões.

Que fraude é essa que levaria ao recolhimento de tributo dessa magnitude? A resposta é simples: não há fraude nenhuma!

De fato, a falta de menção expressa, nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, às operações havidas dentro mesmo grupo econômico, de maneira nenhuma conduz ao entendimento de que não haveria possibilidade de registro de ágio em operações desse jaez. Tanto é assim que o Legislador passou a prever a impossibilidade expressa do ágio interno somente com o adeto da Lei nº 12.973/14.

Ao contrário do que quer fazer crer a fiscalização e o acórdão recorrido, o registro de despesas a título de *ágio interno* é perfeitamente compreensível, ainda que passível de discordância no plano da hermenêutica jurídica.

Definitivamente não vislumbro, portanto, nenhum indício de utilização de qualquer tipo de medida fraudulenta por parte da recorrida. Pelo contrário, os valores glosados foram contabilizados, a operação foi divulgada tal como efetivamente ocorreu e foi a partir das informações colhidas da própria contribuinte que a fiscalização tomou conhecimento dos fatos e lançou os tributos que considerou devidos.

É certo que o contribuinte, dentro de sua liberdade de empreender e buscar maximizar seus resultados, também buscou, na reorganização societária fiscalizada, deduzir as referidas despesas com o *polêmico* ágio gerado em operações dentro do mesmo grupo econômico, e com isso obter economia tributária, mas daí a afirmar que restariam caracterizados dolo ou fraude, com a devida vênia, me parece existir um verdadeiro abismo.

Nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal ("STF") Joaquim Barbosa, em voto proferido na ADI 2.588:

Entendo que a obsolescência da legislação tributária não pode ser invocada para proteger a evasão fiscal, isto é, os esforços intencionalmente fraudulentos para ocultar fatos jurídicos tributários. A boa-fé do contribuinte é a contrapartida do devido processo legal para a autoridade fiscal. Em síntese, a autoridade fiscal não pode simplesmente presumir que o contribuinte esteja intencionalmente se esquivando do pagamento do tributo devido, ao mesmo tempo em que o contribuinte não pode dolosamente ocultar os fatos jurídicos que geram as obrigações tributárias.

A Constituição consagrou o devido processo legal material (art. 5º, LIV), o princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, I) e o direito à propriedade (art. 5º, caput). Esses marcos constitucionais condicionam a atuação das autoridades fiscais de todos os níveis, impedindo-as de utilizar ficções ou presunções imoderadas, desproporcionais ou cuja única justificativa seja a facilitação do trabalho do agente público. [...]

Acrescente-se, aqui, que havendo uma razoável dúvida interpretativa sobre os requisitos legais para a dedução fiscal do ágio, inclusive o rotulado *ágio interno*, deve-se aplicar a menor penalidade inclusive aos olhos do que prevê o CTN no seu artigo 112, I e II, verbis:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

Finalmente, cabe também pontuar que essa E. 1ª Turma da CSRF, em recentes decisões, vem afastando a qualificação da multa sobre exigências decorrentes da glosa do dito *ágio interno*, conforme atestam as ementas dos seguintes julgados:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009

ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. ACUSAÇÃO DE ARTIFICIALIDADE E DISPÊNDIO FICTÍCIO. OPERAÇÃO INTRAGRUPPO. INEXISTÊNCIA DE PROIBIÇÃO LEGAL EXPRESSA E OBJETIVA. DIVERGÊNCIA HERMENÊUTICA SOBRE A LICITUDE DA FORMAÇÃO E DAS REGRAS PARA A DEDUÇÃO DA DESPESA.

AUSÊNCIA DE FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUÍO. AFASTAMENTO DA EXASPERAÇÃO DA PENA. DECADÊNCIA. MATÉRIA DECORRENTE. APLICAÇÃO DO ART. 150 §4 DO CTN.

As acusações de práticas fraudulentas, sonegatórias ou de conluio pelos contribuintes demandam demonstração específica e juridicamente adequada de sua ocorrência, bem como conjunto probatório concreto correspondente. Inexistindo proibição legal expressa e objetiva da amortização fiscal do ágio gerado em operação intragrupo ou com partes relacionadas, não pode a divergência hermenêutica entre contribuintes e Fisco sobre os critérios de materialidade para a sua formação e a legitimidade de sua posterior dedução ser tratada ou confundida com tais ilícitos.

A qualificação da multa de ofício é medida extrema e excepcional, que deve ter sua aplicação reservada àqueles que, acima de qualquer dúvida ou plausibilidade de boa-fé, adotaram posturas antijurídicas altamente lesivas e verdadeiramente delituosas.

Ainda que prevalecendo a glosa do ágio, mas não sendo demonstrada e cabalmente comprovada a presença, nas transações que geraram a despesa com o sobrepreço, das práticas de fraude, sonegação ou conluio, dentro das suas conceituações legais próprias, deve ser aplicada a multa de ofício na sua monta ordinária de 75%. (Acórdão n.º 9101-005.973. Sessão de 08 de fevereiro de 2022. Rel. Caio Cesar Nader Quintella).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE “ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO.

Considerando que, à época dos fatos geradores, a ineditilidade do dito ágio interno era no mínimo duvidosa, incabível a qualificação da penalidade (de 75% para 150%), afinal a interpretação em prol de sua dedução fiscal está longe de caracterizar prática fraudulenta ou sonegatória, únicas hipóteses aptas a ensejar a onerosa duplicação da multa de ofício. (Acórdão n.º 9101-006.376. Sessão de 10 de novembro de 2022. Red. Designado Luis Henrique Marotti Toselli).

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

Ano-calendário: 2005, 2006

ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE.

Para que se possa caracterizar a hipótese legal que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44 da Lei 9.430/1996, é imprescindível que a autoridade autuante indique a se conduta praticada configura sonegação, fraude e/ou conluio, hipóteses respectivamente dos artigos. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964.

Além de haver deficiência na acusação fiscal, da análise das imputações verifica-se que não restou caracterizada uma situação de sonegação ou fraude por parte do sujeito passivo, mas apenas uma divergência de interpretação quanto ao real alcance das normas tributárias que disciplinam a amortização do ágio em reorganizações societárias intragrupo. (Acórdão n.º 9101-006.461. Sessão de 2 de fevereiro de 2023. Rel. Alexandre Evaristo Pinto).

Na linha desses precedentes jurisprudenciais, entendo que a multa qualificada não se sustenta, devendo esta ser reduzida de 150% para 75%.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional; e conhecer do recurso especial da contribuinte para dar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Voto Vencedor

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Redatora designada.

O I. Relator restou vencido em seus fundamentos para conhecer do recurso especial da Contribuinte. A maioria do Colegiado compreendeu que o paradigma n.º 1401-001.536 não se prestava a caracterizar a divergência jurisprudencial acerca da qualificação da penalidade.

O Colegiado *a quo* compreendeu, como expresso na ementa do recorrido n.º 1301-001.756, que *a simulação tem ínsita no seu conceito a fraude, que se subsume à definição contida no art. 72 da Lei n.º 4.502/64: A ação dolosa tendente a modificar as características essenciais da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido.* Afirmou, assim, *aplicável a multa qualificada de 150%* sobre o crédito tributário remanescente, oriundo da glosa de amortizações de ágio formado internamente ao grupo econômico, mediante reavaliação da participação societária em Eaton Indústrias, ao final incorporada por Eaton Ltda.

O voto condutor do acórdão recorrido afirma que não houve negociação, compra ou venda, e que mesmo se houvesse pagamento o ágio criado internamente seria inconcebível contabilmente. Mas, invocando fundamentos expressos em outro caso, para observar que *não é todo “ágio gerado dentro do mesmo grupo” que deve ser repudiado*, o relator destacou que *devem ser rejeitados apenas os efeitos tributários relacionados com ágios artificialmente criados, com o único objetivo de gerar uma despesa tributária, fruto de atos viciados por dolo (fraude, simulação ou outra ilegalidade)*, e assim motivou a manutenção da qualificação da penalidade no caso presente:

A meu ver, a reorganização societária em análise tem os contornos de uma simulação relativa. O efetivamente desejado foi exclusivamente propiciar o aparecimento de uma despesa dedutível para fins fiscais, e para isso formalizou-se um aumento de capital em Eaton Indústrias (que justificou a contabilização do ágio), cujos efeitos foram, em curto espaço de tempo, desfeitos pela extinção da empresa.

Explica Francisco Ferrara (*A simulação nos negócios jurídicos*, Campinas: Red Livros, 1999) que a falta de execução material do contrato é decisiva para caracterizar um negócio como simulado, tratando-se da “mais clara confissão” da simulação. Na execução apenas formal do negócio jurídico, este leva a mutações jurídicas que só se manifestam no campo do direito, comportando-se os contraentes, de fato, de acordo com outro negócio jurídico ou como se não tivesse negócio algum.

Havia um legítimo propósito comercial de unificação das empresas do grupo Eaton no Brasil (concretizável por incorporação ou fusão), mas isso não justifica o aumento de capital em uma delas antes dessa unificação para logo depois desfazer seus efeitos, ficando claro que esse aumento de capital teve um fim exclusivo que foi possibilitar o aparecimento de um ágio amortizável.

No negócio relativamente simulado, conforme explica Chamoun, existe algo de efetivamente desejado, que é encoberto pela criação de uma aparência ou ficção. O elemento central na definição jurídica de simulação é *“aparentar a realidade de uma*

intenção que não é a verdadeira, e que se disfarça por esse fingimento.” (De Plácido e Silva).

Minha convicção é, realmente, de ocorrência de simulação relativa, a dissimulação pura e simples de uma inserção de despesa artificialmente criada. Não existe mais nada além do ato dissimulado (a criação artificial de uma despesa) já que não há conteúdo material pela forma apresentada. Não houve execução material do negócio formalizado (o aumento de capital com conferência das quotas com ágio) que, num curtíssimo espaço de tempo foi desfeito pela incorporação da investidora pela investida, restando apenas o ágio que se objetivou aparecer.

Assim, se a convicção é de que ocorreu simulação relativa, ao meu sentir, não há como afastar a qualificação da multa (matéria de recurso de ofício), pois a simulação (quer absoluta, quer relativa) envolve sempre a intenção de enganar (dolo).

Por oportuno, não identifico qualquer cerceamento de defesa na acusação, conforme sugere o contribuinte quando afirma que, se a intenção dos fiscais era acusa-lo de ter simulado ou dissimulado algum negócio jurídico, deveria tê-lo feito às claras, com a devida fundamentação legal, sob pena de cerceamento de defesa.

O que assegura a ampla defesa é a perfeita descrição dos fatos, e no caso a fiscalização deixou expresso que a reorganização societária teve por objetivo a criação artificial de ágio, por meio de atos sem propósito negocial (item 52), em conduta dolosa, cujo ânimo residiu exclusivamente em indevido aproveitamento de benefício fiscal (item 71).

Como se vê, foi especificamente a forma como se realizou a operação societária, e o aumento de capital intrínseco à unificação de empresas, na sequência desfeito, que motivou o gravame ora questionado pela Contribuinte.

O paradigma nº 1301-002.238, editado pelo mesmo Colegiado mas já na vigência do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, como bem observa o I. Relator, tratou da mesma operação e, embora mantendo a glosa das amortizações do ágio formado internamente ao grupo econômico, afastou a qualificação da penalidade. Ou seja, a partir da mesma conduta descrita nestes autos, concluiu pela inaplicabilidade do art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96, distintamente do recorrido, evidenciando divergência jurisprudencial a ser solucionada por esta instância especial.

Já o paradigma nº 1401-001.536 veiculou decisão contrária à qualificação da penalidade sobre crédito tributário apurado em razão de ganho de capital *reduzido por conta de um aumento artificial do custo de investimento*. Ou seja, analisou a conduta do investidor que reavalia seu investimento e, assim, acaba por majorar seu custo, reduzindo seu ganho de capital em futura alienação do investimento.

É certo que os argumentos do voto condutor do paradigma derivam para circunstâncias afetas à constituição de ágio interno, com vistas a afirma-lo artificial e negar a possibilidade de redução do ganho de capital em razão desta reavaliação, nos seguintes termos:

A Recorrente alega inicialmente que realizou atos dentro da lei e que não era preciso demonstrar o propósito negocial, contudo os precedentes do CARF vêm, há algum tempo, sedimentando a linha de que as operações societárias passíveis de dar ensejo ao ágio precisam ter um fim que confira substância a tais operações, ou seja, não podem acontecer apenas com o objetivo de gerar o ágio e conferir algum bônus tributário ao contribuinte.

Não havendo um fim negocial, que permita, inclusive, a comparação das operações com outras semelhantes e a existência de parâmetros para o valor de mercado considerado na negociação, torna-se possível aos contribuintes realizar compras e vendas de participações societárias sem substância, meramente formais, e que podem receber valores não correspondentes aos normalmente praticados no mercado, ainda que seja possível contratar alguma consultoria para justificar economicamente o valor do ágio.

[...]

O ágio precisa corresponder exatamente à expectativa de rentabilidade futura do investidor. Quando se percebe que ele foi gerado sem essa expectativa, com extinção da investidora ou da investida pouco tempo depois da operação, o ágio deve ser desconsiderado/glosado.

Não havendo um investimento com base em real expectativa de rentabilidade futura, não há porque haver registro do ágio. Operações sem substância, que apenas reavaliam participações da própria empresa e, para isso, criam e extinguem pessoas jurídicas em prazos curtos, que somente tiveram a função de permitir a geração do ágio, devem ser desconsideradas e, portanto, novos efeitos devem exsurgir.

[...]

Nesse único caso concreto, há diferentes elementos que ensejam a configuração de artificialidade do ágio: a) ele foi gerado dentro de um mesmo grupo; b) utilizou-se empresa veículo que existiu apenas formalmente e por curto período de tempo, para que pudesse permitir a operação em questão; c) não houve fluxo financeiro.

Como bem colocado pelas Contrarrazões da Fazenda Nacional, a COIP serviu de empresa veículo que foi criada e extinta após alguns meses. O ágio gerado por conta de suposto investimento feito nela a valor de mercado, com base em suposta expectativa de rentabilidade futura, deixou de existir em curtíssimo espaço de tempo.

Trata-se de típica operação em que se cria um empresa veículo por tempo efêmero com a subscrição de quotas de uma empresa controlada por outra empresa do grupo, gera-se o ágio artificial e depois há uma incorporação reversa.

No começo da "foto", está Sada Participações em cima, CIDEM (que se tornou SIDE) abaixo dela e SADA Forjas abaixo da CIDEM. A COIP aparece momentaneamente entre a CIDEM e a SADA, mas depois a COIP é incorporada por esta última, ficando clara a falta de propósito negocial.

Se o ágio é artificial, ele não deve "ingressar" na contabilidade. De fato, o ágio em questão nem poderia ser registrado, tendo em vista que não foi uma despesa incorrida com base em expectativa de rentabilidade futura. Houve uma mera reavaliação de participações societárias.

Como afirmado, para fins da discussão sobre a dedutibilidade do ágio, importa ser comprovado propósito negocial, o que não foi feito. Apenas houve alegações sobre um desejo da família proprietária do grupo de realizar uma reestruturação, que, ao final, não deu certo.

O suposto propósito negocial apresentado pela Recorrente foi o objetivo de crescimento do grupo no ramo de forjaria, sobretudo por conta de um cenário favorável na indústria de veículos. Acontece que, como é comum nesse tipo de operação geradora de ágio artificial, a Recorrente explica que o projeto acabou não dando certo.

Deste modo, a empresa que recebeu o investimento foi constituída e incorporada num período de 4 meses, sem ter praticado qualquer operação, que não as aqui discutidas. O seu fim foi claramente permitir a criação do ágio sem alterações na estrutura básica do grupo.

Ao contrário do que alega a Recorrente, não haverá bis in idem, pois o ganho capital registrado na CIDEM é tão artificial quanto o ágio. Diante do exposto, deve ser negado provimento ao Recurso Voluntário e mantido o acórdão da DRJ no que toca ao recálculo do custo do investimento e respectivo aumento do ganho de capital, o que levou à cobrança das diferenças de IRPJ e CSLL.

Mas a qualificação da penalidade foi afastada sob argumentos genéricos, sem confrontar a especificidade da operação analisada neste caso e que foi invocada para manutenção do gravame. Veja-se:

Toda a argumentação da Recorrente no tocante ao fato de ter seguido as leis e de, por consequência lógica, não ter cometido nenhum ilícito no tocante às operações que praticou, não vale, como explicado anteriormente, para afastar a glosa do ágio e o recálculo do custo do investimento que reduziu o ganho de capital da Recorrente.

Por outro lado, entendo que vale para afastar a caracterização de fraude ou má fé. A operação em análise foi realizada em 2006 e, até este ano de 2016, ainda há discussões sobre aspectos de operações envolvendo ágio.

Aliás, no ano de 2006, operações com geração de ágio artificial eram corriqueiras no mercado e incentivadas por empresas de assessoria fiscal e/ou contábil renomadas.

Concluo, assim, que a Recorrente apenas tentou se valer de um planejamento tributário que julgava à época ser válido. Todas as operações foram devidamente registradas e em nenhum momento houve qualquer recusa de informação ao Agente Fiscal, demonstrando a sua boa fé do início ao fim.

O que há aqui é uma diferença de interpretação entre a posição da Recorrente e aquela que vem sendo consolidada no CARF nos últimos anos.

Desqualifico, portanto, a multa de ofício de 150% para 75%.

Dessa forma, na medida em que tal paradigma analisa a conduta do investidor que reavalia seu investimento e majora seu custo, vislumbrando que assim se faz mediante operações internas, mas sem o destaque acerca dos efeitos nulos de aumento de capital, como referido no recorrido, não há similitude suficiente para caracterização da divergência jurisprudencial.

Estas as razões, portanto, para CONHECER do recurso especial da Contribuinte, mas apenas com base no paradigma nº 1301-002.338.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa