



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

**Processo n°** 16643.720037/2013-55  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 1401-001.571 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 02 de março de 2016  
**Matéria** IRPJ. Glosa de amortização de ágios. Multa qualificada. Multa isolada pelo não recolhimento de estimativas.  
**Recorrentes** SIEMENS HEALTHCARE DIAGNÓSTICOS LTDA  
 FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

JUNTADA DE DOCUMENTOS. REQUISITOS.

A norma que prevê a juntada de documentos após a impugnação e a realização de diligências no processo administrativo fiscal impõe o cumprimento de requisitos que devem ser observados pela recorrente.

DILIGÊNCIAS. CONVICÇÃO DO JULGADOR.

A decisão sobre a realização de diligências tem natureza de cunho facultativo para a formação da convicção da autoridade julgadora ao conferir a esta a possibilidade de determiná-las quando entender que são necessárias.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS. Oponibilidade ao Fisco.

Os planejamentos tributários são inoponíveis ao Fisco quando formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária.

SIMULAÇÃO POR VÍCIO DE CAUSA. MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

Na simulação por vício de causa, inexistente o falseamento ou a manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes deixam às claras as formas jurídicas empregadas. É incabível a qualificação da multa aplicada porque não se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais.

JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.

Os juros moratórios são devidos à taxa SELIC e sobre o “crédito tributário”. Este decorre da obrigação principal que, por sua vez, inclui também a penalidade pecuniária.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. DECADÊNCIA.

Em face da decisão contida no REsp nº 973.733-SC, decidido na sistemática dos recursos repetitivos, ocorrendo dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial para o lançamento de ofício é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É impossível promover uma interpretação extensiva das hipóteses expressamente previstas em lei para a amortização do ágio por se tratar de um benefício fiscal caracterizado como isenção.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. GERAÇÃO POR EMPRESA VEÍCULO. PLANEJAMENTO INOPONÍVEL.

A aquisição de participação societária por empresa veículo é inoponível ao Fisco quando sua causa real, preponderante sobre a causa negocial, é a geração do ágio para o subsequente aproveitamento.

ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. FUNDAMENTAÇÃO. PROVA.

A lei não exige uma forma para a demonstração do fundamento econômico do ágio nem exige que sua metodologia seja a mais adequada. O que importa é saber se o demonstrativo exigido pela lei (que pode ou não ser revestido na forma de um laudo), de fato, embasou a decisão do comprador. Não interessa também saber se a empresa era rentável, mas se o comprador, ao pagar o ágio, acreditava na existência da rentabilidade futura.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. GERAÇÃO POR AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE INTEGRALIZAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. PLANEJAMENTO INOPONÍVEL.

O aumento de capital social mediante integralização de participação societária é inoponível ao Fisco quando sua causa real, preponderante sobre a causa negocial, é a geração do ágio para o subsequente aproveitamento.

ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.

Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o

mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO. ATIVO DIFERIDO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, é vedada a amortização do ágio contabilizado com um item do ativo diferido, na conformidade do § 2º, "a", do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97, por não se tratar de despesa intrinsecamente relacionada com a produção ou comercialização de bens ou serviços.

RO Negado e RV Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos: I) por unanimidade de votos, negar provimento em relação à glosa do ágio; II) por unanimidade de votos, dar provimento para desqualificar a multa de 150% para 75%; e III) por maioria de votos, dar provimento parcial para cancelar as multas isoladas. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz Gomes de Mattos e Antonio Bezerra Neto que negavam provimento.

*Documento assinado digitalmente.*

Antonio Bezerra Neto - Presidente.

*Documento assinado digitalmente.*

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Ricardo Marozzi Gregorio, Marcos de Aguiar Villas Boas, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Aurora Tomazini de Carvalho e Antonio Bezerra Neto.

## **Relatório**

Trata-se de recurso voluntário interposto por SIEMENS HEALTHCARE DIAGNÓSTICOS LTDA contra acórdão proferido pela DRJ/Curitiba que concluiu pela procedência parcial dos lançamentos efetuados. No mesmo acórdão, recorreu-se de ofício em

face da exoneração de crédito tributário que superou o limite previsto na Portaria MF nº 03/2008.

Os créditos tributários lançados, no âmbito da Demac/SP, referentes ao IRPJ e CSLL, devidos nos períodos de apuração correspondentes aos anos-calendário de 2007 a 2009, totalizaram o valor de R\$ 21.433.615,36. A autuação promoveu a glosa de amortização de ágios. As multas de ofício foram qualificadas e foram lançadas multas isoladas pelo não recolhimento de estimativas.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

#### OBJETO DA AUTUAÇÃO FISCAL ORA QUESTIONADA

a. Relata que a fiscalização teve por objeto de investigação a qualificação jurídica dada pela contribuinte relativamente às operações de reorganização societária que culminaram no surgimento de dois ágios, contabilizados e deduzidos na apuração do lucro real e da CSLL pela ora impugnante, entre os anos de 2007 e 2009. Que a fiscalização questiona, nestes autos, as amortizações de ágios incorridas pela ora impugnante em decorrência da aquisição de participações societárias das empresas Baydiag Ltda e DADE Behring Ltda, e respectivas incorporações ocorridas, respectivamente, em 23.03.2007 (incorporação reversa da controladora pela impugnante) e 13.10.2008 (incorporação da Dade Behring Ltda pela impugnante);

b. Registra que a fiscalização analisou todas as operações societárias realizadas, e que de alguma forma estão relacionadas com a formação dos ágios em questão, e embora estivesse na posse de todas as informações disponíveis, após detalhada análise realizada, a autoridade autuante não teceu qualquer consideração a respeito do valor do ágio, de pagamento a terceiros, em espécie ou em quotas, tampouco suscitou qualquer possível irregularidade em relação aos fundamentos econômicos deles, ou quanto aos laudos elaborados por empresas especializadas com tal objetivo. Que tais questões, assim, configuram fatos incontroversos, sobre as quais é dispensável qualquer consideração;

c. Aduz que, nos presentes autos, o questionamento do fisco está pautado, grosso modo, na pretensa falta de propósito comercial das operações, na suposta criação de ágios internos fictícios e na alegada irregularidade decorrente da utilização de "empresa veículo" para "transferência" de ágio da pessoa jurídica que efetivamente o apurou para outra pessoa jurídica;

#### DOS FATOS QUE DERAM ORIGEM ÀS AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO EM DEBATE.

d. Preliminarmente, esclarece que as operações societárias que deram origem ao direito à amortização fiscal dos ágios objeto de análise pela autoridade fiscal tiveram, como se verá, o objetivo de: (i) racionalizar e concentrar os negócios das sociedades envolvidas, resultando em maior lucratividade e eficiência administrativa, operacional e financeira, (ii) otimização da eficiência operacional, (iii) obtenção de maior sinergia e (iv) ampliar a integração das unidades administrativas, comercial e financeira, com redução de custos operacionais, (v) consolidar investimentos no país, (vi) evitar entraves administrativos de ordem regulatória e comercial junto a clientes;

e. Explica que o Grupo Siemens, como é sabido, apesar de sediado na Alemanha, tem atuação mundial, estando à frente de diversos segmentos, dentre eles, o de healthcare voltado à produção de aparelhos para diagnósticos laboratoriais, ao desenvolvimento de tecnologias de diagnóstico por imagem e a soluções de TI. Que, sempre no intuito de ampliar sua atuação, realizou no período fiscalizado processos negociais visando a aquisição de outros players em nível global, e assim obter uma maior consolidação de mercado. Particularmente duas aquisições são de interesse para o presente caso:

#### COMPRA DA DIVISÃO DE DIAGNÓSTICOS DO GRUPO ALEMÃO BAYER PELO GRUPO ALEMÃO SIEMENS.

f. Alega que se tratou de operação que se deu entre partes não relacionadas, a qual, inclusive, foi objeto de análise pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por meio do Ato de Concentração nº 08012.007318/2006-98 (Doc.03), que referendou a operação sem restrições, ressaltando o fato de a mesma não gerar efeitos anticoncorrenciais. Destaca trecho da decisão de referido processo;

g. Resume que a auditora responsável pelo lançamento apontou que este ágio foi consubstanciado nos seguintes eventos: (i) 27.12.2006: venda pela BAYER S/A de 100% das quotas da Baydiag Ltda (CNPJ: 01.449.930/0001-90) em favor da compradora SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda (CNPJ: 08.298.066/0001-11), pelo valor de R\$ 201.171.006,00, gerando ágio de R\$ 150.828.542,12. Na mesma data a Baydiag Ltda, alterou sua denominação social para SIEMENS Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos; (ii) 23.03.2007: incorporação reversa da SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda (controladora), pela Siemens Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda (controlada), sob o argumento de promover a racionalização e concentração dos negócios de ambas as sociedades, resultando em maior lucratividade e eficiência administrativa, operacional e financeira (justificativa do protocolo de incorporação); (iii) 17.07.2008: a SIEMENS Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda, altera sua denominação social para SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda; (iv) 26.09.2008: A SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda, em cumprimento a cláusula de ajuste do contrato de compra e venda firmado em 2006, realiza em favor da BAYER S.A, pagamento complementar de R\$ 8.081.000,00, elevando o valor do ágio para R\$ 158.909.542,12;

h. Afirma que a operação em questão foi completamente lúdica, cercada por todos os contornos que se espera de um negócio realizado entre partes independentes. Que quanto ao ágio constituído pela adquirente (Siemens Participações) posteriormente incorporada por sua controlada, maior ainda é sua validade para fins de amortização fiscal visto a ocorrência dos seguintes e fundamentais requisitos: i) gerado em negócio envolvendo partes não relacionadas; ii) fundado em laudo econômico-financeiro (fls 1953 a 2004 do processo digital), baseado em rentabilidade futura, que, reitera-se, em nenhum momento foi refutado pela fiscalização; iii) lastreado em efetiva transferência de disponibilidade da compradora para a vendedora, a qual foi devidamente confirmada pela fiscalização;

#### DA IMPROCEDÊNCIA FACTUAL QUANTO A ACUSAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

i. Ressalta a equivocada afirmação da i. auditora fiscal na página 9 do TVF, que desde julho de 2006 BAYER SA e a SIEMENS já formavam a Siemens Medical Solutions Diagnostics e faziam parte do mesmo grupo empresarial. Que nada é mais absurdo. Que a fiscalização fundou tal afirmação com base em parágrafo do laudo de avaliação econômico-financeira, o qual aponta o seguinte comentário: "Em

julho de 2006 a divisão de diagnósticos da BAYER Healthcare, "a BAYER" foi adquirida juntamente com a Diagnostics Products Corporations (DPC) pela Siemens pelo total de 5,7 bilhões de euros, passando a compor a maior unidade de diagnóstico da SIEMENS chamada de SIEMENS Medical Solutions Diagnostics";

j. Para evitar qualquer interpretação equivocada neste sentido, esclarece que uma operação em nível global como a efetuada entre a Bayer e a Siemens não se realiza do dia para a noite, como tenta dar a entender a autoridade fiscal. Entre o anúncio deste tipo de transação e sua efetiva concretização do ponto de vista formal (jurídico), principalmente quando os ativos envolvidos encontram-se espalhados em várias localidades (países), é notoriamente sabido, a necessidade de realizar uma série de ajustes e passos de cada uma das partes, por conta de questões de ordem financeira, organizacional, societária, dentre outras, com o fito de convalidar juridicamente negociação de tal vulto. Em outras palavras, uma coisa é a negociação comercial e seu anúncio para o mercado, outra completamente diferente e mais espaçada é sua formalização de direito, não sendo raro demandar-se a criação de estruturas específicas de compra por localidade, seja em face das peculiaridades legislativas de cada país, das estruturas societárias remota e local, em que se encontrem inseridos os ativos negociados, de aspectos de cunho regulatório a serem observados (ANVISA, CADE, etc.), da organização financeira de recursos para formação do numerário necessário ao adimplemento da compra, dentre tantos outros itens que impactam a regular transferência dos ativos. No Brasil, como já exposto alhures, a transação entre o grupo BAYER e o grupo SIEMENS para transferência dos ativos relativos a diagnósticos humanos in vitro, deu-se através da compra de 100% das quotas da empresa local Baydiag Ltda (constituída em 1996), subsidiária integral do Grupo Bayer, e de ativos relevantes da Bayer S.A, outra subsidiária integral do Grupo Bayer;

k. Justifica que, no tocante a venda das quotas da Baydiag Ltda, do ponto de vista do Grupo BAYER os preparativos para a transferência dos ativos transacionados deram-se por meio dos seguintes passos, confirmados pela própria fiscalização: - 27.09.2006: A BAYER Healthcare LLC, sociedade estabelecida em Delaware (EUA), era detentora de 3/4 do capital social da BAYDIAG; - 19.10.2006: A BAYER S/A detinha R\$ 10,00 de participação societária na BAYDIAG Ltda, enquanto a BAYER Healthcare LLC detinha R\$ 1.304.602,00; - 27.11.2006: A BAYER Healthcare LLC retira-se da sociedade e a BAYER S/A permanece sócia com R\$ 1.304.612,00; - 25.12.2006: A BAYER S/A aumenta o capital da Baydiag Ltda R\$ 1.304.612,00 para R\$ 68.651.990,00, mediante a conferência de bens e direitos;

l. Segue justificando que, por parte do Grupo Siemens, adotaram-se os seguintes procedimentos prévios à materialização jurídica da transação Brasil: - 21.11.2006: aquisição pelas empresas holandesas SIEMENS Diagnostics Holding II BV e Diagnostics Products Corporation Benelux BV das quotas da Valussi Participações (CNPJ nº 08.298.066/0001-11) constituída em 06.09.2006, cujo capital social era de R\$ 100,00, junto às sócias Texas Participações Ltda (CNPJ: 01.959.602/0001-33 e Pacaembú Serviços e Participações Ltda (CNPJ: 02.473.211/0001-77), com alteração de sua denominação para Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda; - 26.11.2006: transferência de numerário no montante total de R\$ 209.028.301,00 para Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda por meio das seguintes operações de câmbio, devidamente reconhecidas pela autoridade lançadora: (i) aporte de capital feito pela controladora direta Siemens Diagnostics Holding II BV (R\$ 141.096.080,00 - Contrato de Câmbio nº 06/027749); (ii) aporte de Capital pela sócia Diagnostics Products Corporation Benelux BV (R\$ 1,00 - Contrato de Câmbio nº 06/027751); (iii)

empréstimo feito pela controladora indireta alemã Siemens A.G. (R\$ 67.532.220,00 - Contrato de Câmbio nº 06/027754);

m. Finaliza afirmando que, realizados os procedimentos prévios de parte a parte, eis que finalmente em 27.12.2006 ocorre a compra das quotas da Baydiag Ltda, pela SIEMENS Medical Solutions Participações do Brasil, que localmente foi formalizada por meio de contrato de venda de quotas e acordo de transferência (Share Sale and Transfer Agreement) celebrado em 27.12.2006 (fls 673 a 695 do processo digital);

n. Conclui que, com base em tudo o quanto exposto, a afirmação feita pela auditora de que o ágio decorrente da aquisição da Baydiag Ltda trata-se de ágio interno e fictício é totalmente teratológica, visto restar absolutamente comprovado que a compra do ativo brasileiro deu-se entre partes não relacionadas, fazendo parte de uma aquisição em âmbito global, que apenas se utilizou de estrutura de compra local para consolidação do investimento no Brasil;

o. Ressalta novamente que, conforme corroborado pela própria autoridade fiscal, a SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda procedeu ao pagamento de preço no montante de R\$ 201.171.006,00 em favor da BAYER S/A pelas quotas da empresa BAYDIAG Ltda, sendo este preço "sem dívidas e caixa", o qual nos termos do contrato poderia ser reajustado em função destes fatores. De acordo com o contrato ainda foi eleito pelas partes como segundo fator de reajuste de preço a diferença apurada entre o "capital de giro líquido alvo" e o capital de giro líquido da empresa". Logo, o pagamento complementar de R\$ 8.081.000,00 realizado em 26.09.2008, que se deu com base nos itens 2.2, 2.3 2.5 do instrumento contratual de compra e venda (fls 1928 a 1952 do processo digital), nada mais foi do que o cumprimento de cláusula contratual que determinava reajuste de preço em função dos parâmetros dispostos no acordo firmado. Resta óbvio e clarividente, portanto, que a compra das quotas da Baydiag por empresa do grupo SIEMENS não pode jamais ser considerada como uma operação intragrupo, entendendo a impugnante que não há maiores ilações a serem feitas quanto a esta acusação, ante a cabal demonstração de inverdade de tal fato;

#### DO USO DA SIEMENS MEDICAL SOLUTIONS DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA PARA EFETIVAÇÃO DA TRANSAÇÃO DE COMPRA DA BAYDIAG LTDA.

p. Assevera que, conforme já exposto, tanto a vendedora (Grupo BAYER) quanto a compradora (Grupo SIEMENS) montaram estruturas próprias para efetivação do negócio celebrado. Que a empresa SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda teve o papel de formalizar localmente o investimento feito pelas controladoras holandesas, que fizeram o uso de modelo semelhante para aquisição dos demais ativos da divisão de diagnóstico da BAYER localizados em outros países e que também fizeram parte da referida transação. Ou seja, criou-se uma empresa local para realização do investimento a ser efetuado em cada país onde exista um ativo a ser adquirido, ainda que em caráter transitório, para posterior ajuste societário. No Brasil, a posterior incorporação deu-se de forma reversa por questões de ordem diversa como de cunho regulatório, vinculadas ao CNPJ da Baydiag afeta ao uso da licença de seus produtos registrados perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vez que as transferências de licenças de produtos para outro titular é cercada de uma série de entraves burocráticos, cujo tempo de resolução e aprovação por esta agência reguladora não acompanha a dinâmica afeta ao mundo dos negócios;

q. Acrescenta que, se no processo de incorporação o CNPJ da Baydiag fosse extinto, o grupo SIEMENS seria obrigado a passar por toda uma via crucis de recadastramento perante a carteira dos então clientes da empresa adquirida, o que mais uma vez poria em risco o tempo de retorno de um investimento de valor tão expressivo, que, repise-se novamente, foi feito em âmbito global. Não obstante o contexto aqui explanado, a fiscalização afirmou que a "Siemens Participações" teve mero papel de empresa-veículo, sendo utilizada como um canal de transferência do ágio para a impugnante, posto que dotada das seguintes características: a) Sociedade de breve existência; b) Não auferiu receitas operacionais; c) Não possuiu funcionários; d) Possuiu contemporaneamente por um átimo de tempo o mesmo endereço de sua controlada; e) Possuiu contemporaneamente o mesmo diretor. Quanto a esta parte da acusação, os argumentos de direito aptos a defesa dos interesses da impugnante serão expostos oportunamente no tópico 4 desta impugnação;

#### COMPRA DO GRUPO AMERICANO DADE BEHRING PELO GRUPO SIEMENS.

r. Esclarece que, de acordo com a descrição da fiscalização, referido ágio estaria consubstanciados nos seguintes e simples eventos: (i) 29.09.2008: Siemens Healthcare Diagnostics Inc. integraliza com ágio R\$ 36.316.184,88 no capital da impugnante a totalidade das quotas detidas na empresa brasileira DADE Behring Ltda (CNPJ: nº 00.897408/0001-08, avaliada por empresa especializada em R\$ 84.889.000,00; (ii) 13.10.2008: incorporação da DADE Behring Ltda (CNPJ: 00.897.408/0001-08) pela SIEMENS Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos e início da amortização fiscal do ágio baseado em rentabilidade futura;

s. Explica que este segundo ágio está inserido em um contexto negocial muito mais amplo do que o mencionado pela auditoria fiscal, estando relacionado à aquisição realizada pelo Grupo SIEMENS no exterior, mais precisamente por meio de oferta pública de ações (OPA) na Bolsa de Nova Iorque, que obedeceu as normas da Comissão de Valores Imobiliários dos Estados Unidos (U.S. Securities and Exchange Commission - SEC), conforme assevera processo de ato de concentração analisado pelo CADE e que será melhor citado a seguir;

t. Anota que, nesta OPA adquiriu-se as ações da empresa Dade Behring Holdings Inc., sociedade de capital aberto, estabelecida em Delaware (EUA), então controladora do grupo Dade Behring, que atuava no segmento de comercialização de produtos, sistemas e serviços desenvolvidos para atender às necessidades do dia-a-dia de laboratórios clínicos. Dentre as controladas Dade Behring Holdings Inc. estava empresa localizada no Brasil: Dade Behring Ltda. Por ter reflexos para o mercado brasileiro, referida operação, assim como no caso da Baydiag, também foi objeto de apreciação pelo CADE por meio do Ato de Concentração nº 08012.010831/200747 (Doc.04). A operação, em âmbito mundial, decorrente desta OPA está refletida nos termos do "Agreement and Plan of Merger" (Contrato-Doc.05) celebrado entre (i) Siemens Corporation, uma empresa constituída em Delaware, (ii) Belfast Merger Co, empresa constituída em Delaware e subsidiária integral da Siemens Corporation (compradoras), e Dade Behring Holding Corporation. Inc (vendedora) em 25.07.2007. Com base no contrato firmado, foi feita uma oferta pública em dinheiro, de acordo com a lei de aquisição norte-americana, para aquisição de todas as ações e em circulação do capital acionário da Dade Behring Holding Corporation Inc, de valor nominal de US\$ 0,01 por ação, inclusive de certos direitos relacionados, ao valor de US\$ 77,00 por ação;

u. Conclui que houve nítido pagamento do sobrepreço, que considerou todos os investimentos do grupo Dade Behring espalhados pelo mundo, inclusive no Brasil. Por meio desta transação, o grupo Siemens por meio de sua subsidiária integral Siemens Corporation, passou a deter 100% das ações do capital ordinário da "Dade". Como resultado desta operação, a subsidiária brasileira (Dade Behring Ltda) passou a ser uma subsidiária integral após o fechamento da operação. De acordo com a análise feita pelo CADE, se entendeu que esta nova aquisição realizada pelo Grupo Siemens não seria prejudicial a concorrência do segmento de atuação;

v. Feita esta introdução, passa à descrição da operação que no Brasil, gerou o segundo ágio questionado por esta fiscalização: 29.09.2008. De acordo com a 29ª Alteração Contratual da impugnante (fls 188 a 203 do processo digital), a SIEMENS Diagnostics Holding I BV, possuidora de uma única quota da impugnante no valor nominal de R\$ 1,00, cede e transfere de forma onerosa esta participação a Siemens Diagnostics Holding II BV, passando temporariamente a deter 100% de sua participação;

w. Lembra que se trata das mesmas sócias que constavam do quadro societário da impugnante após a incorporação realizada em 23.03.2007, decorrente da operação de compra da Baydiag Ltda. Neste mesmo ato a SIEMENS Diagnostics Holding II BV, cede a título oneroso a SIEMENS Healthcare Diagnostics Inc, 50% das quotas por ela detidas, de forma que cada sócia passou a deter 50% do capital social da impugnante;

x. Segue afirmando que as sócias (Siemens Diagnostics Holding II BV e Siemens Healthcare Diagnostics Inc) deliberam por aumentar o capital social da impugnante em R\$ 124.489.000,00, ou seja, de R\$ 204.690.266,00 para R\$ 329.179.266,00, com a criação de novas quotas, integralizadas na seguinte conformidade: (i) A Siemens Healthcare Diagnostics Inc. integraliza as 40.397.679 quotas (valor nominal de R\$ 1,00 por cota) que detinha no capital da sociedade Dade Behring ao valor de R\$ 84.889.000,00, elevando sua participação de R\$ 102.345.133,00 para R\$ 187.234.133,00 (56,88%); (ii) Siemens Diagnostics Holding II BV, integraliza mediante aporte financeiro (contrato de câmbio nº 08/0616862), valor equivalente a R\$ 39.600.000,00 elevando sua participação de R\$ 102.345.133,00 para R\$ 141.945.133,00 (43,12%);

y. Neste particular, é que se contextualiza o passo mencionado pela fiscalização acerca da cessão pela Dade Finance LLC (EUA) de uma única quota da Dade Behring Ltda a Siemens Healthcare Diagnostics Inc. no dia 29.09.2008, que é de caráter meramente perfunctório. Destaca que o valor de R\$ R\$ 84.889.000,00 atinente a integralização efetuada pela sócia Siemens Healthcare Diagnostics Inc., por meio do aporte das quotas da Dade Behring Ltda., foi devidamente respaldado por relatório de avaliação econômico-financeira, com fundamento em rentabilidade futura (fls 2013 a 2067 do processo digital), não contestado pela fiscalização, uma vez que o valor patrimonial das quotas aportadas em 30.09.2008, conforme asseverada pela própria auditora fiscal era de R\$ 48.572.815,13 (laudo de avaliação para incorporação - fls 2008 a 2012 do processo digital);

z. Partindo do contexto aqui apresentado, conclui que a integralização das quotas da Dade Behring Ltda no capital da impugnante em 29.09.2008 e sua subsequente incorporação em 13.10.2008, nada mais foi do que um movimento societário de consolidação dos investimentos no Brasil por parte da controladora Siemens Healthcare Diagnostics Inc, no tocante a divisão de diagnósticos por ela mundialmente gerida. Não faria o mínimo sentido empresarial manter em CNPJ's

distintos no Brasil duas empresas do mesmo segmento econômico, pertencente ao Grupo Siemens (a impugnante e a Dade Behring Ltda). O caminho natural, como dito, seria a consolidação dos investimentos em uma única pessoa jurídica no país. Tanto que na justificativa apresentada no protocolo de incorporação, faz-se menção as seguintes vantagens advindas da incorporação da Dade Behring Ltda pela Siemens (i) otimização da eficiência operacional e (ii) maior sinergia e ampla integração das unidades administrativas, comercial e financeira, com redução de custos operacionais;

aa. Justifica que o aporte com ágio das quotas da Dade Behring Ltda no capital da impugnante foi devidamente respaldado em laudo de avaliação econômico-financeira, que, repita-se, não foi controvertido pela fiscalização. O sobrepreço pago pela Siemens Healthcare Diagnostics Inc na OPA realizada nos Estados Unidos corrobora o entendimento de que o valor patrimonial dos investimentos, incluindo o brasileiro, então detidos pela adquirida Dade Behring Holding Inc. realmente não refletiam seu valor de mercado. Logo, o laudo de avaliação econômico-financeira elaborado por empresa de auditoria de primeira linha para o aporte do investimento brasileiro na impugnante, apenas reafirmou a tendência de valorização do preço observada na OPA realizada nos Estados Unidos;

bb. Pondera que o ágio constituído no aporte, nada mais foi do que uma reafirmação da tendência de mais valia de ativos relacionados ao segmento explorado pela impugnante, naquele momento histórico. Desta feita as considerações da fiscalização de que o ágio em questão seria artificial não merece guarida, visto que dotada de propósito negocial, voltado à consolidação dos investimentos detidos pelo Grupo Siemens no Brasil, voltados ao segmento de produtos e soluções de diagnóstico laboratorial. O fato de o mesmo ser intragrupo de forma alguma o desqualifica desde que devidamente contextualizado em um cenário empresarial, como no presente caso;

#### DO DIREITO. DA DECADÊNCIA RELATIVA AO ANO-CALENDÁRIO DE 2007.

cc. Alega que, partindo da premissa que a odiosa multa qualificada de 150% aplicada ao presente lançamento de ofício não irá subsistir ao final do julgamento deste processo, na medida em que certamente será defenestrada com base nas razões de direito a serem expostas no demais itens deste tópico 4, verifica-se a decadência do lançamento perpetrado relativamente ao ano-CALENDÁRIO DE 2007, cujo lustro (prazo quinquenal) expirou em 31.12.2012, nos termos do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional;

dd. Registra que procedeu apuração de estimativa positiva de IRPJ e CSLL no mês de janeiro do ano de 2007, a qual foi devidamente liquidada (Doc.06) o que reforça a aplicação do prazo decadencial de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador do imposto e da contribuição (31.12.2007) posto qualificarem-se como tributos sujeitos ao lançamento por homologação, conforme jurisprudência já devidamente assentada no âmbito do CARF em face da vinculação definida pelo art. 62-A de seu regimento interno aos entendimentos proferidos pelo STJ em sede de recurso repetitivo, caso do REsp 973.733-SC;

#### A VALIDADE DAS AMORTIZAÇÕES DOS DOIS ÁGIOS FACE A EXISTÊNCIA DE PROPÓSITOS NEGOCIAIS NAS OPERAÇÕES ANALISADAS.

ee. Reclama que, ao relacionar os pontos nos quais o trabalho fiscal justifica as cobranças, percebe-se claramente a utilização de verdadeiros "lugares comuns"

em todos os procedimentos fiscais que vêm sendo realizados em torno do direito de dedução fiscal das amortizações de ágio, assegurado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, tais como falta de propósito negocial, falta de substância econômica, utilização de "empresa veículo", ágio interno, etc. Mais adiante, a impugnante contestará os pontos de direito levantados pela fiscalização, mas de início quer destacar que a utilização indiscriminada daqueles argumentos de acusação, sem a devida atenção aos fatos concretos do caso presente, determina afirmações e conclusões equivocada por serem impróprias ao que efetivamente ocorreu;

ff. Justifica que, em nenhum dos dois casos (Ágio Baydiag e Ágio Dade) se tratou de criar ágios e de montar uma estrutura artificial, com a finalidade de obter uma incabível vantagem fiscal.

gg. Repete que: - o primeiro ágio decorrente da aquisição da Baydiag Ltda., atendeu as três premissas básicas para sua convalidação, quais sejam: (i) ocorrência do efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; (iii) demonstração da lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. - o segundo ágio decorrente da integralização das quotas da Dade Behring na impugnante, apesar de intragrupo em sua parte final, é oriundo de um contexto negocial muito mais amplo, envolvendo operação no exterior também entre partes não relacionadas, realizada por meio de OPA, lastreada em pagamento realizado no ambiente de bolsa de valores, tendo sido o ágio constituído no Brasil por meio de integralização de quotas também devidamente avaliado e referendado por meio de laudo de avaliação econômico-financeira elaborado por empresa de primeira linha, com base em rentabilidade futura, não contestado pelo fisco;

hh. Argumenta que a perna brasileira que culminou no segundo ágio foi plenamente justificada por aspectos de caráter organizacional, voltados a consolidação de investimentos no Brasil no segmento de atuação da controladora americana atinente a produtos e soluções para diagnósticos laboratoriais, não havendo também qualquer contestação do Fisco quanto ao sobrepreço, igualmente lastreado em laudo econômico-financeiro. Em suma, a incorporação subsequente em 13.10.2008 que deflagrou o aproveitamento do segundo ágio, mais do que uma ferramenta jurídica apta a tal consolidação, era, na verdade, o caminho jurídico natural e apropriado a tal fim. Estas foram as grandes razões de todos os atos que desencadearam as amortizações de ágio ora combatidas, a revelar que o objetivo central, último, das reestruturações societárias não era fiscal, mas sim negocial;

ii. Acrescenta que as reorganizações societárias, como ficou evidente pela narrativa dos fatos feita anteriormente, possuía também finalidades negocial, extrafiscal, não obstante o grupo SIEMENS, na qual a impugnante encontrava-se inserida, tivesse, sim, interesse na dedução fiscal do ágio, no que aliás, não reside qualquer irregularidade, já que foram cumpridas a risca as determinações dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Desse modo, tendo em vista o objetivo do ato, e dentro das alternativas legais para fundamentação do ágio, a expectativa de rentabilidade lastreou o respectivo registro contábil. E, dentro os caminhos possíveis para a amortização do ágio, adotou-se um deles (incorporação), o qual, além de permitir a consecução dos objetivos econômicos acima destacados, ainda garantiu que não fossem desfeitos os complexos patrimoniais da impugnante, assegurando-se que eles continuassem em plena operação mediante a utilização de todos os seus recursos materiais e imateriais, gerando lucros aos acionistas. Daí a fundamentação econômica dos ágios, centrada na expectativa de resultados futuros do empreendimento, no que foi cumprida, diga-se novamente, à risca a disciplina legal derivada do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77. Isto quanto à formação dos dois

ágios, a qual como dita, não foi questionada pela fiscalização, até porque legítima, além de devidamente documentada e registrada;

jj. Quanto à sua amortização, esclarece que decorreu da disciplina que em 1997 foi introduzida no argumento jurídico pela já mencionada Lei nº 9.532, ou seja, a amortização do ágio passa a ser dedutível a partir do momento em que se desse: (i) a incorporação da empresa adquirente por aquela cujas quotas foram adquiridas (Baydiag), e (ii) a incorporação da empresa (Dade Behring Ltda), cujas quotas foram integralizadas com ágio, pela pessoa jurídica (impugnante), que anteriormente havia recebido referida participação societária por meio de aporte feito por sua controladora estrangeira;

kk. Argumenta que o escopo da lei e a sua própria razão de ser, isto é a "mens legis" da norma contida no art. 7º e 8º da Lei nº 9.532 é permitir a dedução da amortização incorrida na aquisição onerosa de participação societária desde que se reúnam as duas pessoas jurídicas envolvidas, ou seja, a adquirente e aquela cuja participação societária foi adquirida. E para atingir esse desiderato a norma legal abre amplas vias, seja de fusão, seja de incorporação, seja de cisão, seja da controlada pela controladora, seja desta por aquela, a demonstrar que a adoção de uma ou de outra em cada caso será aquela que se mostrar mais adequada. Assim, sob o ponto de vista estritamente fiscal, a dedução da amortização do ágio pode ser conseguida por múltiplos caminhos, como por exemplo: - pura e simples incorporação da sociedade adquirida pela adquirente, e vice-versa; ou - cisão total da sociedade adquirente, com incorporação de parcelas do seu patrimônio na sociedade adquirida; ou - fusão das duas sociedades numa terceira;

ll. Entende que este é um dado importante para desfazer uma possível idéia de simulação, pois em regra a simulação visa atingir um resultado vedado legalmente. Também é cediço em doutrina e jurisprudência que simulação pressupõe um motivo para simular, de tal modo que, se o resultado que se inquina de simulado, além de não ser ilegal, pode ser legalmente atingido por outros meios igualmente legais, de simulação não se trata. Porém a simulação será objeto de outras considerações mais específicas a serem apresentadas adiante, valendo por hora apenas esta primeira observação oportuna;

mm. Enfatiza que tanto na operação relacionada a Baydiag quanto àquela pertinente a Dade Behring, a opção pela adoção dos atos praticados não decorreu de qualquer arranjo ilegítimo; pelo contrário: foram meios de atender a outros objetivos que não apenas de ordem tributária, notadamente a efetivação jurídica no Brasil de uma compra de ativos feita em âmbito mundial (Baydiag Ltda), que envolvia, por exemplo outros aspectos de caráter regulatório (AIWISA) e comerciais junto a clientes, e a consolidação de investimentos de um mesmo segmento no Brasil (Dade Behring Ltda) para maior eficiência administrativa e operacional, visando em ambos os casos alavancar os negócios da impugnante no país. De simulação, portanto, não se trata, haja vista que inexistiam motivos para simular. De fato, nada foi escondido, nem houver qualquer engodo, estando tudo às claras e tendo efetivamente ocorrido operação de compra e vendas de participação societária (no Brasil e no exterior), com o correspondente pagamento de preço a terceiros no caso da Baydiag, ou a dação em pagamento em quotas no caso da Dade Behring no aumento de capital social da impugnante por sua controladora americana;

**DA ALEGADA UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO PARA FORMAÇÃO NO ÁGIO DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DA BAYDIAG E SUA SUPOSTA FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.**

nn. Contesta o entendimento da fiscalização, de que a Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda constituiu-se como empresa veículo, criada sem propósito negocial, com o único objetivo de servir de ferramenta de passagem para o ágio ser transposto para a impugnante;

oo. Alega ser fato incontroverso que houve efetiva aquisição de participação societária com ágio, até porque decorrente de operação de compra e venda de ações, na qual houve efetivo desembolso financeiro a terceiros. Sabe-se que a empresa veículo é elemento possivelmente existente em situações de simulação, quando haja aparência de transferência de direitos para pessoa diferente daquela a quem realmente haja a transferência, inclusive mediante interposição de pessoa, situação esta correspondente à hipótese de simulação elencada no inciso I do parágrafo único do art. 167 do Código Civil. Sabe-se também que a prova da simulação é indiciária, e esta se forma não por um indício isolado, mas por indícios convergentes e logicamente concatenados para demonstrar a verdade dos fatos sobre os quais não existe prova material, conforme jurisprudência pacífica e conforme será melhor detalhado adiante;

pp. Entende que somente há simulação quando existe motivo para simular, porque somente se simula quando o ato dissimulado produz algum efeito jurídico indesejado, que o ato dissimulatório não acarreta, ou aquele não produz um efeito desejado que este produz. Tratou-se a Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda de uma sociedade de propósito específico (estrutura de compra local de ativo brasileiro objeto de negociação mundial em bloco), para o qual não eram necessários empregados, nem a realização de outros negócios desconectados com a sua razão de existir, nem sendo necessário que ela tivesse longa existência;

qq. Cita o Acórdão CARF nº 1.402-00802 (Caso Santander Banespa), que apesar de operacionalmente ser mais assemelhado ao contexto do segundo ágio (Dade) visto que tratou de aumento de capital de sociedade brasileira com participação societária de outra pessoa jurídica com ágio, tratou de conceitos relacionados ao uso de empresa veículo. Nele a 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária assim se posicionou: "a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.". No mesmo sentido o acórdão 1301-001.224;

rr. Afirma que foi com o objetivo de evitar os inconvenientes ligados à extinção do CNPJ adquirido (Baydiag), assim como evitar delongas relacionadas à burocracia de órgãos públicos (agência reguladora) na criação de pessoas jurídica de tal ou qual maneira, que se optou, pela incorporação reversa, após a constituição do investimento local, repise-se novamente, encontra-se inserido no contexto de uma compra em nível mundial. Portanto, se no âmbito fiscal, o objetivo da criação da SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda foi emparelhar diretamente a amortização do ágio com a geração de lucros, no que, vale destacar, não há mal nenhum, no plano negocial, a referida sociedade exerceu papel fundamental para afastar burocracia e inconvenientes relacionados a adoção de outras estruturas jurídicas que chegariam ao mesmo resultado, qual seja, o direito à amortização do ágio. Melhor explicando, o grupo Siemens no Brasil foi e é detentor de inúmeros CNPJ's em vários segmentos de atuação. Nesta órbita, nada impediria que a operação de compra se desse por meio de um destes CNPJ's operativos, constituídos há vários anos, com receitas operacionais e funcionários. Em outras palavras, as controladoras estrangeiras no exterior, poderiam capitalizar um destes

"antigos" CNPJ's em operação, ou utilizar recursos próprios destes, caso houvesse disponibilidade, para efetivar a compra das quotas da Baydiag Ltda junto a BAYER S/A e posteriormente incorporar ou ser incorporado pela empresa adquirida amortizando fiscalmente o ágio da mesmíssima forma. Todavia, não faria sentido o mínimo sentido negocial misturar "alhos com bugalhos", visto a falta de sinergia que ocorreria caso a adquirente/incorporadora fosse de um segmento completamente diferente da adquirida/incorporada;

ss. Pondera que, em outros tempos, já existiram grandes conglomerados que reuniam sob a égide de uma única pessoa jurídica, dezenas, centenas de filiais com atividade segmentadas, não correspondente entre si. Com o tempo, mostrou-se que tal tipo de modelo é falho e retrógrado, por burocratizar os negócios, engessar decisões empresariais, tornando jurássica a estrutura empresarial e passando a gerar déficits que posteriormente levam ao holocausto da corporação. Vários foram os exemplos da história moderna neste sentido. Nos dias atuais, a dinâmica que impera do mundo dos negócios, torna proibitiva tal tipo de prática, na medida em que um determinado negócio que em um dado momento mostra-se atrativo e lucrativo para um determinado grupo econômico, em momento próximo passa a não ter mais sentido, tornando-se um freio ao aos objetivos de seus investidores, seja por mudanças de cenários financeiros, políticos e até por alteração de estratégias empresariais, baseada em oferta e demanda, e peculiaridades de mercado (globais ou regionais);

tt. Destaca que a jurisprudência administrativa já se firmou no sentido de que a incorporação às avessas é plenamente admitida, inclusive em planejamentos tributários, o que foi dito, por exemplo, nos acórdão nº 107-07596 de 14.04.2004 e 105.15822, de 22.06.2006, das 7ª e 5ª Câmaras do antigo 1º Conselho de Contribuintes, e no acórdão nº 101-97072 de 17.12.2008, da 1ª Câmara do Antigo 1º Conselho de Contribuintes, o qual validou a incorporação às avessas em operação que envolvia a amortização fiscal de ágio;

#### DO DIREITO A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DECORRENTE DA AQUISIÇÃO NO EXTERIOR DA EMPRESA DADE BEHRING.

uu. Resumes os seguintes eventos: - Empresa americana do grupo Siemens (Siemens Healthcare Diagnostics Inc), adquiriu com sobrepreço por meio de OPA nos Estados Unidos da América, 100% das ações do Dade Behring Holding Inc, absorvendo todos os seus investimentos em outras empresas do grupo DADE.; - A Dade Behring Holding Inc. detinha o controle de uma série de empresas espalhadas pelo mundo, dentre elas a brasileira Dade Behring Ltda. No Brasil a aquisição global foi objeto de ato de concentração cuja parecer foi favorável ao negócio envolvendo o mercado brasileiro; - Em 29.09.2008 a antiga controladora holandesa da impugnante cede onerosamente metade de suas quotas a Siemens Healthcare Diagnostics Inc (EUA), de forma que cada sociedade passa a deter 50% de participação societária da investida brasileira; - Nesta mesma data é promovido o aumento do capital social da impugnante, sendo que a sócia norte-americana integraliza sua parcela por meio de aporte com ágio das quotas por ela detidas da Dade Behring Ltda; - Em 13.10.2008, a impugnante incorpora a Dade Behring Ltda, passando a amortizar o ágio advindo da integralização com sobrepreço;

vv. Alega que o modus operandi desta operação em muito se assemelha, àquela que foi analisada recentemente pelo CARF por meio do Acórdão nº 1301-001.224 - (Caso Banco GMAC), cujo resultado foi favorável ao contribuinte com a improcedência do lançamento perpetrado. Para provar que se trata do mesmíssimo modelo utilizado pela impugnante no tocante a constituição e amortização do ágio

da Dade Behring Ltda, cita trecho do voto condutor que legitimou a amortização fiscal de ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, inclusive, relativizando do ponto de vista tributário, aplicação das normativas CVM citadas pela auditora-fiscal no termo de verificação do presente caso. Cita, na mesma linha de julgamento, o caso Gerdau retratado no acórdão 1101-00.718;

ww. Conclui, tomando por base este dois recentes julgados do CARF, que a interpretação atualmente feita pelas autoridades fiscais para operações envolvendo ágio interno não subsistem, ainda mais quando respaldadas em notório propósito comercial como no caso da impugnante, que apenas visava consolidar seus investimentos no país, considerando os efeitos de aquisição em nível global comprovadamente realizada em ambiente de mercado aberto de ações;

DA INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO, À BASE DE CÁLCULO DA CSLL, DA DESPESA COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO CONSIDERADA INDEDUTÍVEL.

xx. Sustenta que, mesmo que se considere a amortização fiscal do ágio indedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ no presente caso, o que se admite apenas a título argumentativo, é possível concluir que o lançamento de CSLL não possui fundamento legal, motivo que enseja o cancelamento do Auto de Infração em comento, conforme já se manifestou esse E.Conselho;

DA IMPROCEDÊNCIA DA MULTA QUALIFICADA DE 150%.

yy. Se "ad argumentandum" a impugnante tivesse cometido a infração que lhe foi imputada, haveria incidência de IRPJ e CSLL que ela julgou devidos, situação em que seria cabível a aplicação da penalidade correspondente. Não obstante, mesmo assim seria descabida a qualificação da multa, tal como feito nos autos de infração, por aplicação do parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.488, de 2007. O TVF justifica a multa agravada, porque teria ocorrido a hipótese do art. 72 da Lei nº 4.502/64, a que alude o art.44. Entretanto, o art. 72 descreve hipóteses em que o contribuinte dolosamente modifica as características essenciais do fato gerador, o que pressupõe a ocorrência do fato gerador, seguida de modificações naquelas características, introduzidas pelo contribuinte para se safar da obrigação já existente, coisa que não ocorreu, que por não ter havido dolo, como amplamente comprovado nos tópicos precedentes, quer porque a impugnante não introduziu qualquer modificação em qualquer fato ocorrido, seja ele fato gerador de obrigação tributária ou não. Pelo contrário, os atos praticados estão conservados em sua forma documental e escriturai reveladora da sua efetiva substância jurídica, tais como eles ocorreram, sem a mínima modificação;

zz. Este breve intróito, contudo, não esgota o assunto, sendo necessária uma análise mais aprofundada, com base na qual a impugnante contesta a validade da multa de ofício aplicada. A jurisprudência sempre se opôs à multa qualificada em situações como a destes autos, podendo-se citar inicialmente os acórdãos nº 103-21046 e 103-21047;

aaa. Alega que não há registros de documentos inidôneos, empresas fictas, fraudes em registros contábeis ou de qualquer natureza. Noutro diapasão todos os atos societários foram registrados nos órgãos competentes, assim como na escrituração contábil e fiscal da Contribuinte;

bbb. Cita o art. 20 do Decreto - Lei nº 1.598/1977, arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997, para concluir que fica absolutamente claro que inexistente vedação

expressa aos procedimentos adotados pelo contribuinte, logo, não há que se falar em fraude à lei, que aliás não pode ser confundido com erro de interpretação da lei. Na fraude a lei, o ato em si é ilícito tendo em vista que o ordenamento jurídico proíbe sua prática. Ora, não há dúvidas quanto a uma das intenções da contribuinte nas operações realizadas, relativa a reduzir os tributos devidos, tendo ele praticado todos os atos que entendeu válidos e amparados na lei. Se obteve êxito é outro aspecto a ser analisado, mas daí a se afirmar que estaria presente o dolo e configurada a fraude, data vênia, não há como comungar desse entendimento. Desde o primeiro atendimento à Fiscalização, durante a auditoria, o contribuinte foi transparente e coerente em seus esclarecimentos, sobretudo no que diz respeito a seu entendimento quanto ao amparo legal para aproveitar o ágio;

ccc. Entende que, de pronto se deve afastar a caracterização do dolo quando nos atos praticados as pessoas atuam sem malícia, sem ocultação de qualquer elemento relevante e sem indução de terceiros a estado de erro. No caso dos autos, a impugnante praticou atos colocados à mais ampla e aberta apreciação de quem tivesse interesse, inclusive do fisco. Neste contexto, nada foi escamoteado da RFB, que não foi induzida ao erro e não teve qualquer obstáculo ao pleno conhecimento dos fatos, inclusive, até mesmo, ao plano conhecimento dos aspectos subjetivos da impugnante. Não se trata, pois de situação passível de sofrer a penalização mais alta, pois não há o mínimo de traço;

ddd. Questiona a fiscalização, que tentou, em vão, fundamentar a penalidade qualificada, ao argumento de que, "a arquitetura da montagem do esquema que se desenhou, com (i) a celebração de contratos formalmente registrados na Junta Comercial do Estado de São Paulo -JUCESP, (ii) a contratação de empresas de consultoria para elaboração, de laudos de avaliação, (iii) o registro contábil do ágio, merece ser vista como causa planejada para isolar a visão do Fisco, impedindo-o de conhecer a redução indevida das base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Ora, a alegação não procede de forma alguma! Nas situações vertentes, a agente do fisco teve todas a facilidade para o total conhecimento dos fatos, porque tudo estava sob seus olhos e nada foi escondido, donde é impossível falar-se em dolo ou intuito fraudulento. De fato, os ágios amortizados foram devidamente registrados e declarados pela impugnante, assim como todas as operações societárias a eles correlatas foram declaradas e formalizadas em instrumentos de ampla publicidade, tendo, ademais, todos esses documentos e informações sido disponibilizados ao Fisco, juntamente com toda a gama de esclarecimentos solicitados pela Sra. Agente Fiscal. Houve, portanto, no caso dos autos, evidência indisfarçada dos fatos e dos atos, como eles realmente foram, e como foram desejados;

eee. Acrescenta que qualificação da multa no presente lançamento importa equiparar uma infração fiscal facilmente detectável pela fiscalização às infrações mais graves, em que seu responsável surrupia dados necessários ao conhecimento da fraude. E que milita em favor da impugnante o disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional, que é a versão do in dúbio pro réu do Direito Tributário;

fff. Assim, muito embora a impugnante tenha agido perfeitamente de acordo com a lei, na hipótese de dúvida, caberia a observância na determinação do art. 112. A jurisprudência está repleta de casos em que esse dispositivo foi aplicado. Em situações como a presente, aplica-se o conceito de erro de proibição, devendo ser afastada a exigência da multa qualificada. Explica-se. Erro de proibição existe, quando o autor do ilícito supõe estar agindo dentro da lei. Em caso no qual restou mantida a exigência de tributo por se entender que o planejamento tributário não tinha validade, a 1ª Câmara do antigo 1º Conselho de Contribuintes aplicou o conceito de erro de proibição para reduzir a multa de 150% para 75%, em virtude da

dissensão doutrinária e jurisprudencial sobre os limites da elisão fiscal: trata-se do acórdão nº 10-95537, de 24.05.06. Cita ainda a decisão adotada pela 7ª Câmara no acórdão nº 107-08837, de 06.12.06, que afastou a multa qualificada em razão de parcela da doutrina aceitar o procedimento adotado pela parte recorrente e em razão de haver jurisprudência consagrando a validade do negócio jurídico indireto, o que descaracteriza o intuito de fraude;

#### DA IMPOSSIBILIDADE DE CONCOMITÂNCIA DA MULTA DE OFÍCIO E DA MULTA ISOLADA PARA OS ANOS DE 2007 a 2009.

ggg. Alega que se trata de multa isolada exigida anos após o encerramento dos respectivos ano-calendário objeto de verificação. Ainda que fossem procedentes, as glosas de amortização do ágio, o que se admite para fins de argumentação, a multa aplicada sobre a insuficiência dos respectivos recolhimentos, agravada ou não, excluiria a duplicidade de penalização, tendo em conta que a base legal para a cobrança da multa isolada é o mesmo art. 44 da Lei nº 9.430/96;

hhh. Argumenta que já está consagrada na jurisprudência do CARF, a impertinência de imputação da multa isolada prevista no art. 44, II da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07. Como dito, em relação a esse tema, a jurisprudência desse Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais consolidou-se no sentido de que, após o término de um determinado ano-calendário, não há mais que se falar em qualquer saldo devedor de estimativas de IRPJ/CSLL, estimativas essas que têm natureza de meras antecipações do tributo devido no correlato período de apuração;

iii. Acrescenta que, com o encerramento de um determinado ano-calendário, um contribuinte pode ser devedor do IRPJ que deveria recolher em relação ao referido período de apuração, mas jamais poderia ser tido como devedor de algo que representa mera antecipação do tributo efetivamente devido. Nesse sentido, cita decisão da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em recente acórdão;

jjj. Entende que a questão submetida a esse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pois, é de simples resolução, tendo em vista que a impropriedade da cobrança de estimativas de IRPJ/CSLL após o término do correlato ano-calendário é clarividente. É inequívoco que uma cobrança como a de que aqui se cuida afronta o interesse público, eis que não é crível que se diga que espoliar os contribuintes com exigências sabidamente indevidas seja algo consentâneo com o interesse público ou mesmo com a moralidade administrativa. Nessa senda, a ora Impugnante espera seja essa malsinada cobrança de multa isolada após o término do respectivo ano-calendário prontamente fulminada, na esteira da pacífica jurisprudência desse Pretório Administrativo. E nem se fale, em convalidação deste tipo de penalidade pela nova redação do art. 44, dada pela Lei nº 11.488/07, que também vem sendo fortemente repelida pelos órgãos administrativos de julgamento;

#### CONCLUSÃO E PEDIDO.

kkk. Ao final, requer: i) pelos fundamentos apontados, a defesa seja conhecida e integralmente provida, para o fim de determinar o cancelamento da exigência fiscal; i) caso, assim não se entenda, o que se admite apenas para fins de argumentação, a multa qualificada deve ser reduzida, assim como não pode ser cumulada com a multa isolada, cujo afastamento é de rigor; iii) a desqualificação da multa importa em decadência do lançamento do IRPJ e da CSLL para o ano-calendário de 2007, visto que houve recolhimento destas exações, implicando na aplicação do art. 150, §4º, do CTN, em consonância com recurso repetitivo do STJ,

refletido em mansa jurisprudência do CARF; iv) ainda na remota hipótese de se entender pela manutenção da exigência fiscal ora combatida, deve ser afastada a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício, pois a lei somente prescreve a aplicação de referidos encargos sobre as multas isoladas. Realmente o art. 61, "caput" e parágrafo 3º da Lei nº 9.430/96 somente autoriza a incidência de juros sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo que os parágrafos 1º e 2º, tratam minuciosamente do cálculo das multas sem prescrever a incidência de juros sobre elas. Ora, em decorrência do art. 3º do CTN, as multas não possuem natureza jurídica de tributo ou contribuição, o que, inclusive, é indisputado na doutrina e na jurisprudência. Diante disso, não cabe a aplicação do art. 61, da Lei nº 9.430/96, que não previu a incidência de juros sobre as multas, mas apenas sobre o valor principal de tributos e contribuições. Reforça tal entendimento o parágrafo único do art. 43 do mesmo diploma, que quando tratou da incidência de juros sobre a multa isolada, determinou a incidência de juros sobre ela. v) Por fim, para provar os fatos expostos, protesta a impugnante por todas as provas em direito admitidas, tais como a juntada de documentos e a realização de diligência.

5. Foi feito procedimento de Representação Fiscal para Fins Penais, no processo nº 16561.720129/2013-45, apensado ao presente.

6. É o relatório.

Ao apreciar a impugnação apresentada, a 2ª Turma da já mencionada DRJ/Curitiba proferiu o Acórdão nº 06-47.070, de 15 de maio de 2014, por meio do qual decidiu pela procedência parcial do feito fiscal.

Assim figurou a ementa do referido julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. LAUDO DE AVALIAÇÃO PRÉVIO.

A aquisição de participações societárias de uma pessoa jurídica por valor superior ao seu valor patrimonial - com conseqüente apuração de ágio - pode ser justificada pela existência de bens do ativo cujo valor de mercado seja superior ao contábil, pela expectativa de rentabilidade futura, por fundo de comércio e por outras razões econômicas, mas apenas a aquisição com fundamento econômico em valor de rentabilidade futura tem a dedução do encargo com amortização do ágio admitida pelo artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532, de 1997; como o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, dispõe expressamente que o custo de aquisição do investimento em sociedade coligada ou controlada deve por ocasião da aquisição da participação ser desdobrado em valor do patrimônio líquido e ágio ou deságio, sendo que o seu § 3º determina que tal lançamento deve ser baseado em demonstração que a contribuinte arquivará como comprovante da escrituração, para comprovação da expectativa de rentabilidade futura é condição essencial e inexorável que o ágio

gerado em 27/12/2006 esteja previamente amparado por laudo de avaliação, pois em caso contrário será considerado que tem fundamento econômico diverso.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. FUNDAMENTO ECONÔMICO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. TRANSAÇÃO DOS SÓCIOS COM ELES MESMOS. AUSÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.

É descabida a amortização pela interessada do ágio interno gerado em 29/09/2008, com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, mediante operações societárias estruturadas em sequência dentro do grupo econômico, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

ÁGIO INTERNO APURADO SOB JUSTIFICATIVA DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. CRIAÇÃO DE CONDIÇÕES ARTIFICIAIS PARA JUSTIFICAR A APURAÇÃO DO ÁGIO INTERNO.

Independentemente das razões e dos propósitos almejados com a reorganização societária do grupo econômico, é inegável que as operações societárias estruturadas em sequência criaram condições artificiais para justificar a apuração de ágio interno, com finalidade de gerar ganhos indevidos de natureza tributária; a liberdade de auto-organização não endossa a prática de atos sem motivação comercial, pois o ágio amortizável de que trata o art. 7º, III, da Lei nº 9.532, de 1997, é aquele em que houve um efetivo dispêndio ou ônus assumido por terceiro em um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as partes.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

CSLL. FALTA DE PREVISÃO LEGAL PARA DEDUÇÃO DOS ENCARGOS COM AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

O artigo 57 da Lei nº 8.981, de 1995, e o artigo 28 da Lei nº 9.430, de 1996, estenderam a aplicação das regras do IRPJ à CSLL tão-somente no que concerne à forma de apuração e de pagamento, tendo a base de cálculo própria da contribuição sido mantida; assim, além de inexistir comprovação da existência de ágio cujo encargo com amortização seja dedutível, o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532, de 1997, autorizou a dedução da amortização do ágio com fundamento na rentabilidade futura apenas na apuração do lucro real, não havendo previsão legal para dedução da base de cálculo da CSLL.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA.

Tratando-se de lançamento por homologação e não estando caracterizada a existência de dolo, fraude ou simulação para o ágio gerado em 27/12/2006, o termo inicial da contagem do prazo decadencial de cinco anos é a data da ocorrência do fato gerador, se houver pagamento antecipado sem prévio exame da autoridade

administrativa; inexistindo pagamento antecipado, o termo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

#### MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Aplicável a multa qualificada de 150% por restar caracterizado o intuito de fraude para possibilitar a amortização do ágio interno gerado artificialmente em 29/09/2008, pois não é possível reconhecer uma maisvalia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as partes.

#### MULTA DE OFÍCIO ISOLADA. FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO MENSAL DEVIDO POR ESTIMATIVA.

A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto mensal devido por estimativa, por pessoa jurídica que optou pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa de ofício isolada de 50%.

#### MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.

Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.

Cumprido esclarecer que o relator na DRJ havia votado pelo cancelamento integral da autuação. Foi vencido, contudo, em diversas questões.

Relativamente ao primeiro ágio, aquele gerado em decorrência da aquisição da participação societária da empresa BAYDIAG, a maioria afastou a qualificação das multas aplicadas em face da existência do efetivo pagamento daquela aquisição, realizado no âmbito da negociação em nível global. No entanto, manteve a glosa das amortizações porque não considerou comprovado que o ágio pago teve como fundamento a expectativa de rentabilidade futura, uma vez que o relatório de avaliação econômico-financeira juntado aos autos foi elaborado dois meses após a geração do ágio, além de ter calculado valor justo de mercado diverso. Por outro lado, apesar de não verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, considerou que os pagamentos de estimativa realizados pela empresa no ano-calendário de 2007 não eram suficientes para atender ao requisito do "dever de antecipar o pagamento sem exame prévio da autoridade administrativa" contido no artigo 150 do CTN. Assim, entendeu que não houve o pagamento antecipado exigido para manter a regra da decadência no âmbito desse dispositivo, deslocando-a para o artigo 173, I. Com isso, não acatou a preliminar de decadência, referente ao ano de 2007, da respectiva glosa. Afastando, tão-somente, as multas isoladas sobre estimativas não recolhidas (referentes aos meses de março e abril de 2007).

Relativamente ao segundo ágio, aquele gerado em decorrência da aquisição da participação societária da empresa DADE, a maioria manteve a glosa das amortizações e a qualificação das multas aplicadas por concordar com a fiscalização ao verificar que se trata de ágio interno, artificial e sem substância econômica. A preliminar de decadência não alcançou a glosa referente a este ágio porque a amortização só foi efetuada no ano de 2009.

Inconformada, a empresa apresentou recurso voluntário no qual repete os argumentos deduzidos anteriormente. Acrescenta, no entanto, que: (i) a DRJ chancelou o entendimento segundo o qual a compra da BAYDIAG por empresas do grupo SIEMENS foi uma operação entre partes não relacionadas, independentemente do uso de empresa veículo; (ii) o relator do caso na DRJ, mesmo que vencido, tinha razão ao aplicar a regra de decadência contida no artigo 150, § 4º, do CTN; (iii) inexistente lastro legal para a desconsideração de ágios que imprópriamente são designados como "internos" conforme preciosas lições contidas em cópia do parecer, que anexa, de lavra do Professor Eliseu Martins; e (iv) as multas qualificadas mantidas na DRJ devem ser afastadas porque houve, sim, propósito negocial e, ainda que assim não fosse, deveria ser aplicado o chamado "erro de proibição".

Em suas contrarrazões, a Fazenda Nacional, em síntese, apresenta as seguintes assertivas: (i) independentemente da qualificação da multa de ofício, a contagem do prazo decadencial para os débitos relativos ao ano-calendário de 2007 deve se dar pelo artigo 173 do CTN por causa da inexistência de pagamento antecipado; (ii) o ágio BAYDIAG é indedutível porque o documento que atesta o seu fundamento econômico (rentabilidade futura) é extemporâneo, de modo que a "mais valia" não pode ser amortizada na forma prevista no inciso III do artigo 386 do RIR/99; (iii) o ágio DADE é indedutível porque é um ágio "de si mesmo" criado mediante uso de empresa veículo; (iv) as multas qualificadas devem ser mantidas porque a geração de ambos os ágios foi feita por atos simulados marcados por evidente intuito de fraude; (v) é impossível a dedução da despesa com amortização de ágio na base de cálculo da CSSL; (vi) é possível a aplicação de multa isolada após o encerramento do período-base e de forma concomitante com a multa de ofício; e (vii) é devida a cobrança de juros sobre a multa de ofício.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento. Além disso, o valor do crédito tributário exonerado pela decisão de primeira instância supera aquele previsto no artigo 2º da Portaria MF nº 375/2001, com o valor alterado pela Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008 (tributos e encargos de multa superior a R\$ 1.000.000,00), motivo pelo qual o recurso de ofício interposto também deve ser conhecido.

Inicialmente, considero importante fixar algumas premissas, mesmo que breves, para deixar claro como me situo nas discussões sobre o fenômeno dos planejamentos tributários e o aproveitamento de ágios decorrentes de reorganizações societárias.

**Da 1ª premissa - Sobre os planejamentos tributários:**

É cediço que esta Casa, até praticamente a virada do século passado, manteve uma posição bastante firme no sentido de que se as operações engendradas pelos contribuintes fossem conformadas com os trâmites formais previstos no direito privado a autoridade fiscal não poderia desconsiderá-las para efeitos tributários. Somente em caso de simulação, o Fisco estaria autorizado a refutar os atos e negócios praticados com a finalidade de evitar ou reduzir a incidência tributária. Neste sentido, os seguintes julgados da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

IRPJ – "TRADING COMPANY" – SIMULAÇÃO INEXISTENTE. A criação de empresa comercial exportadora, dada como boa pelas autoridades competentes, à luz do Decreto-lei nº 1.248/72, não pode, depois, ser considerada produto de simulação fraudenta, pelas autoridades tributárias, ao fundamento de que objetivava, simplesmente, evasão fiscal ilícita. (*Acórdão CSRF/01-01.101, de 27 de novembro de 1990*)

IRPJ - INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES - COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - Incomprovada a ocorrência de simulação na operação de incorporação de uma empresa superavitária por uma deficitária, podem os prejuízos desta serem compensados como os lucros daquela, no futuro, observado o prazo legal, posto não haver vedação legal. Recurso a que se nega provimento. (*Acórdão CSRF/01-01.756, de 17 de outubro de 1994*)

I.R.P.J. – SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO – Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação: não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita. (*Acórdão CSRF/01-01.874, de 15 de maio de 1995*)

Marco Aurélio Greco, em sua obra de referência sobre o tema, denominou aquele período como a primeira fase do debate (liberdade, salvo simulação)<sup>1</sup>. Haveria uma liberdade absoluta na qual o contribuinte, desde que antes da ocorrência do fato gerador, poderia agir como bem entendesse para dispor de seus negócios. A exceção ficaria por conta das situações em que se constatasse a prática de ilícitos maculados pela simulação.

<sup>1</sup> Cf. Marco Aurélio Greco, "Planejamento Tributário". São Paulo: Dialética, 2008, p. 126.

Necessário anotar que o conceito de simulação que inspirou essa fase é aquele orientado pelo vício de vontade. Nesta visão, a simulação ocorre quando as partes em um negócio jurídico declaram algum aspecto que seja falso, portanto, uma vontade aparente ou simulada (simulação absoluta). Ou, em outra hipótese, quando as partes declaram algum aspecto que tem por objeto encobrir outro de natureza diversa, portanto, uma vontade aparente ou simulada que encobre uma vontade real ou dissimulada (simulação relativa ou dissimulação). A simulação teria a intenção de lesar o Fisco mediante o falseamento ou a manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos.

Esse modo de ver o fenômeno dos planejamentos tributários foi sustentado por uma doutrina ultraformalista que propugnava por ideias como a exigência da “tipicidade cerrada” nas regras formadoras das regras-matriz de incidência tributária e o direito constitucional de os contribuintes evitarem o pagamento dos tributos. Todo planejamento tributário seria lícito enquanto não fosse veiculada norma específica antielisiva para combatê-lo. Seria constituído de negócios jurídicos indiretos, nos quais ocorre uma mera incongruência entre a função econômico-social típica do negócio e os objetivos concretos visados pelas partes<sup>2</sup>.

Nada obstante a influência que tais ideias exerciam sobre a aplicação do direito tributário brasileiro, a verdade é que o quadro era outro no plano internacional, tanto no âmbito do direito tributário quanto no do direito privado.

No contexto dos países da Europa Continental, para combater os planejamentos tributários tido como abusivos, criavam-se normas gerais antielisivas consubstanciadas por conceitos abertos e abstratos, tais como: abuso de formas (Alemanha e Espanha), abuso de direito (França), fraude à lei (Holanda e Espanha) e ausência de razões econômicas (Itália, Portugal e Bélgica). Nos países anglo-saxões, por sua vez, onde a ideia da preponderância da substância sobre a forma é inerente aos seus sistemas jurídicos, o efeito de economia tributária provocada pelo planejamento era suficiente para a requalificação jurídico-tributária das operações. Com isso, igualmente surgiam conceitos para fixar os contornos dos precedentes judiciais, tais como: *step transaction* (Reino Unido), *business purpose* (EUA) e *conduit companies* (EUA)<sup>3</sup>.

Com objetivos semelhantes, a própria organização supranacional europeia reforçava o trilho das cláusulas antiabusivas nas diretrizes tributárias emanadas pelo seu Conselho. Neste sentido, na diretiva sobre reorganizações societárias<sup>4</sup>, estipulou-se que os Estados-Membros podem se recusar a aplicar ou podem retirar, no todo, ou em parte, os benefícios contidos na diretiva se for evidente que a reorganização societária tiver como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a evasão ou a elisão fiscais. Essa previsão de abuso pode ser presumida se a reorganização societária não for executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou a racionalização das atividades societárias. Outrossim, na diretiva matriz-filial sobre dividendos intersocietários<sup>5</sup>, estipulou-se que a diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para

<sup>2</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi, "Dois Conceitos de Simulação e suas Conseqüências para os Limites da Elisão Fiscal". In: Valdir de Oliveira Rocha (Org.), *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2007, v. 11, pp. 272 a 298.

<sup>3</sup> Cf. Marco Aurélio Greco... , pp. 374 a 390.

<sup>4</sup> Cf. artigo 11º, 1, "a" da Diretiva nº 90/434/CEE.

<sup>5</sup> Cf. artigo 1º, 2, da Diretiva nº 90/435/CEE.

evitar a evasão ou a elisão. Nesse mesmo tom, o Tribunal de Justiça da União Europeia começava a consolidar sua jurisprudência contrária aos planejamentos tributários abusivos<sup>6</sup>.

Além disso, era também marcante a preocupação com os abusos praticados por reorganizações societárias internacionais, as quais criavam empresas veículos que visavam ao aproveitamento de benefícios conferidos por acordos celebrados para evitar a bitributação, prática que ficou conhecida como *treaty shopping*. Surgiam, então, as cláusulas de “limitação de benefícios” para restringi-los às empresas que comprovassem ter seu capital preponderantemente detido por residentes dos países signatários do acordo. Igualmente, o conceito de “beneficiário efetivo” (ou *beneficial ownership*), inicialmente concebido na lei inglesa antitruste, ganhou tamanha aprovação que passou a contar com a expressa previsão de sua inclusão nos textos dos artigos 10, 11 e 12 dos acordos celebrados com base na Convenção-Modelo da OCDE<sup>7</sup>.

Acrescente-se, ainda, os esforços especialmente direcionados contra as estruturas corporativas multinacionais que provocam a erosão da base tributária num mundo globalizado. Na medida em que se toma consciência da reduzida carga tributária relativa efetivamente suportada por essas corporações, surge a orientação de que os planejamentos tributários agressivos (*aggressive tax planning*) devam ser objeto de uma atenção sincronizada por parte das diferentes jurisdições nacionais. Nesse sentido, destacam-se várias das ações que foram recentemente conduzidas pela OCDE, no âmbito do projeto *Base Erosion and Profit Shifting* - BEPS, sob determinação de todos os países pertencentes ao chamado G-20<sup>8</sup>.

Como se sabe, em 2001, sintonizada com a tendência internacional, a Lei Complementar nº 104 contemplou o nosso Ordenamento com a ideia das normas gerais antielisivas ao introduzir um § único no artigo 116 do CTN, *verbis*:

*Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.*

Para tal desiderato, elegeu o legislador a figura da “desconsideração” dos negócios jurídicos praticados com a finalidade da “dissimulação”. Ademais, condicionou tal providência à observância de “procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

A eleição dos negócios jurídicos praticados com a finalidade da dissimulação remetia ao conceito da simulação relativa e, como já ressaltado, à noção preconcebida de que esses negócios jurídicos só poderiam ser desconsiderados caso fosse detectada a intenção de lesar o Fisco mediante o falseamento ou a manipulação de seus aspectos relevantes. Isso aliado ao fato de que os artigos 13 a 19 da superveniente Medida Provisória nº 66/2002 não foram convertidos em lei, os quais tinham a intenção de especificar os procedimentos para a

<sup>6</sup> Cf. Caso C-28/95 ("Leur Bloem") e Caso C-264/96 ("Imperial Chemical Industries - ICI").

<sup>7</sup> Cf. 1986 OECD Report: Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies.

<sup>8</sup> Cf. 2013 OECD Report: Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.

desconsideração, levou a já referida doutrina ultraformalista a propugnar pela dispensabilidade e pela eficácia limitada da norma geral. Ou seja, malgrado todo o esforço legislativo, para os defensores da primeira fase do debate continuava-se no mesmo patamar de antes.

Em outro prisma, no âmbito do direito privado, a teoria das causas exercia sua influência na configuração dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em países como a França, a Itália e a Espanha<sup>9</sup>. A causa ou propósito de um negócio jurídico distingue-se das vontades das partes que o celebram. É que estas têm a ver com os motivos íntimos e pessoais que acionam cada sujeito de direito na realização do negócio, enquanto que a causa ou propósito é inerente à espécie do negócio jurídico tipificado no Ordenamento. Nesta linha de pensamento, Orlando Gomes, dentre os civilistas brasileiros o mais célebre defensor da inclusão da causa como requisito de validade dos negócios jurídicos, exemplificava que a prevenção de riscos é a causa inerente ao contrato de seguros<sup>10</sup>. Se numa situação específica ficar constatado que nunca houve risco a cobrir, a validade do contrato poderia ser questionada por lhe faltar o requisito da causa.

A causa é, desta forma, o propósito, a razão de ser, a finalidade prática que se persegue com um determinado negócio jurídico. Com essa perspectiva, surge a possibilidade de que as partes utilizem uma estrutura negocial para atingir um resultado que não corresponda à causa típica do negócio posto em prática<sup>11</sup>. É o que ocorre quando, por exemplo, mediante um contrato de compra e venda objetiva-se efetuar uma doação. Igualmente, quando por intermédio de um contrato social constitui-se uma sociedade empresária com objeto distinto da causa empresarial, qual seja, em conformidade com os artigos 966 e 982 do Código Civil, o exercício de uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Nesses casos, diz-se que há vício na causa do negócio jurídico. Aparece, então, o conceito de simulação orientado pelo vício da causa.

Para Orlando Gomes, na simulação com essa perspectiva, a divergência entre o que querem as partes e o que declaram é produzida deliberadamente<sup>12</sup>. Aqui a causa real (ou dissimulada) prepondera sobre a causa negocial (ou simulada), mas não há falseamento ou manipulação de aspectos relevantes do negócio jurídico. Ocorre uma preponderância da causa prática sobre a causa típica do negócio jurídico prescrito na lei. O saudoso autor sustentava que a causa como requisito de validade dos negócios jurídicos era o instrumento de controle da autonomia privada com vistas à conformá-la às novas exigências sociais dos tempo modernos<sup>13</sup>.

Marco Aurélio Greco chancela essa visão e argumenta que o conceito de simulação estampado no *caput* do artigo 167 do Código Civil (“É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou se válido for na substância e na forma”), ao contrário da noção imediata que diretamente lhe advém, segundo a qual seriam necessários dois negócios jurídicos (o simulado e o dissimulado) para a sua aplicação, pode comportar também a ideia de que bastaria para isso apenas um negócio jurídico único, real, mas simulado (com vício de causa). Como consequência, considerando que as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado (artigo 168) e que os negócios jurídicos nulos não são suscetíveis de

<sup>9</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., p. 287; e Luís Eduardo Schoueri, "Direito Tributário". São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 161 a 163.

<sup>10</sup> Cf. Orlando Gomes, "Introdução ao Direito Civil". Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 393.

<sup>11</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., p. 284.

<sup>12</sup> Cf. Orlando Gomes ..., p. 440.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 394 e 395. MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

confirmação, nem de convalescença pelo decurso do tempo (artigo 169), o Fisco pode, sem necessidade de prévia decretação de nulidade, invocá-las para reputar as operações assim qualificadas como inoponíveis contra si<sup>14</sup>.

Marciano Seabra de Godoi trata as duas visões da simulação de modo a existir um conceito restrito, em que os negócios jurídicos estão apenas maculados pelo vício da vontade (doutrina ultraformalista), e um conceito amplo, no qual adiciona-se o vício da causa. Ainda na época dos extintos Conselhos de Contribuintes, constatava este autor uma progressiva mudança na jurisprudência administrativa para dar guarida ao conceito amplo de simulação. Neste sentido, depois de reconfigurar o conceito amplo de simulação como “simulação-elusão” e o conceito restrito, como “simulação-evasão”, o citado autor concluía<sup>15</sup>:

Na prática, o CC-MF passou, portanto, a reconhecer *três* possibilidades (e não *duas* como insiste a visão tradicional da doutrina) de qualificação do planejamento tributário: *elisão lícita e eficaz* (Acórdão 107-07.596), *simulação-dissimulação-elusão* (passível de desconsideração mesmo antes da LC 104 mas não com punição de multa agravada - conclusão do Acórdão 103-21.046) e *simulação-evasão-sonegação* (passível de desconsideração e de punição com multa agravada - conclusão do Acórdão 101-94.771).

Portanto, o que importa é perceber que a jurisprudência administrativa desta Casa mudou sua orientação no que diz respeito ao enfrentamento dos casos em que ocorrem os chamados planejamentos tributários. De uma postura permissiva unicamente focada na autonomia privada (liberdade, salvo simulação por vício de vontade), partiu para uma posição mais sintonizada com o plano internacional, na qual aquela autonomia é temperada pela análise objetiva do propósito preponderante dos negócios jurídicos engendrados (liberdade, salvo simulação por vício de vontade ou por vício de causa).

Essa mudança teve efeito mesmo sem a edição da lei ordinária reclamada pela norma geral positivada pela Lei Complementar nº 104/01. Tudo foi feito com base na adesão ao conceito amplo de simulação e na possível reinterpretação jurisprudencial do conceito aberto prescrito no Código Civil. Com a mudança do status de “defeito do negócio jurídico”, no Código de 1916, o qual ensejava mera anulação e maiores questionamentos sobre a ação do Fisco, para o status de “hipótese de invalidade do negócio jurídico”, no Código de 2002, o qual enseja a nulidade e sua indubitável inoponibilidade ao Fisco, maior razão emergiu para a consolidação dessa construção jurisprudencial.

Nada obstante a eficácia do reconfigurado conceito de simulação para o tratamento das situações concretas concernentes aos planejamentos tributários, a doutrina recorre a outros conceitos que poderiam também ser utilizados para o enfrentamento do tema. Neste sentido, fala-se na fraude à lei (*frau legis*) e no abuso de direito.

<sup>14</sup> Cf. Marco Aurélio Greco ..., pp. 265 a 273.

<sup>15</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., pp. 288 a 290.

A fraude à lei, a meu ver, pode também ser um eficaz instrumento para confrontar o assunto<sup>16</sup>. Sobretudo, quando se percebe que ela desfruta do mesmo status de “hipótese de invalidade do negócio jurídico” no novo Código Civil (artigo 166, VI). Por outro lado, o abuso de direito parte de pressupostos que me parecem insuperáveis diante da concepção filosófica que adoto para a teorização dos conflitos normativos<sup>17</sup>. Entretanto, este não é o espaço adequado para tais digressões. A exposição supra já é suficiente para os propósitos do presente voto.

**Da 2ª premissa - Sobre o aproveitamento de ágios decorrentes de reorganizações societárias:**

Delineado o fenômeno dos planejamentos tributários e minha adesão à tese de sua inoponibilidade ao Fisco quando formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária, afigura-me, agora, oportuno investigar a modalidade de planejamento atinente ao presente processo.

A noção de ágio (ou deságio) tem prováveis raízes no conjunto dos instrumentos financeiros que surgiram para dar suporte ao desenvolvimento das atividades comerciais no final da idade média<sup>18</sup>. Mas, no Brasil, sua qualificação jurídica surgiu com o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (artigo 385 do RIR/99), confira-se:

*Art 20 - 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:*

*I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; 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 número I.*

*§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.*

*§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:*

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

<sup>16</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi, "A figura da fraude à lei tributária prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN". Revista Dialética de Direito Tributário, nº 68, 2001, pp. 101 a 123; e "A figura da fraude à lei tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". Revista Dialética de Direito Tributário, nº 79, 2002, pp. 75 a 85.

<sup>17</sup> Cf. Ricardo Marozzi Gregorio, "Preços de Transferência: Arm's Length e Praticabilidade". São Paulo: Quartier Latin, p. 225.

<sup>18</sup> Cf. Eliseu Martins e Sérgio Iudicibus, "Ágio Interno - É um Mito?". In: Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos), 4ª vol. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 83 e 84.

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Em suma, o dispositivo legal determinou que na aquisição de participações societárias que devam ser submetidas ao critério de avaliação denominado método da equivalência patrimonial (MEP) o valor despendido deve ser desdobrado em duas contas no ativo da empresa adquirente: (i) o percentual da participação societária adquirida no patrimônio líquido da investida e (ii) a diferença positiva (ágio) ou negativa (deságio<sup>19</sup>) entre o valor despendido e o valor do item anterior. O ágio assim quantificado deverá ter a indicação do seu fundamento econômico dentre aqueles listados nas alíneas do § 2º do mesmo dispositivo legal. Ademais, os dois primeiros fundamentos devem ser comprovados por demonstrativos, os quais, normalmente, são veiculados na forma de laudos.

Discute-se se existiria uma ordem de preferência ou uma vedação à cumulação na alocação dos fundamentos listados. Neste sentido, renomados autores da ciência contábil tecem severas críticas sobre a forma como o assunto foi disciplinado na lei societária<sup>20</sup>. Contudo, o texto legal foi bastante flexível ao não fazer qualquer restrição quanto ao critério de alocação desses fundamentos. Por isso, Luís Eduardo Schoueri conclui que “por mais que se pudesse, utilizando-se lições da Contabilidade, demonstrar que um dos três fundamentos previstos na legislação é preferível, ou que outro é indesejável, nada disso importa diante da decisão do legislador” e que “nada há no texto legal a impedir que haja mais de um fundamento para a contabilização do ágio”<sup>21</sup>.

Até a entrada em vigor das alterações promovidas pela convergência às normas internacionais de contabilidade, o ágio ativado conforme acima determinado deveria ser amortizado em consonância com os critérios estabelecidos na Instrução CVM nº 247/96, os quais resumidamente<sup>22</sup> estabeleciam que:

- a) O ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida deveria ser amortizado na proporção em que o ativo fosse sendo realizado na investida;

<sup>19</sup> Para não tornar a leitura enfadonha e por serem desnecessárias para a análise do presente caso, as futuras referências à figura do “deságio” serão a partir desse ponto desconsideradas.

<sup>20</sup> Cf. Alexsandro Brodel Lopews e Eliseu Martins, "Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura". In: Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos), 3º vol. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 51 a 61.

<sup>21</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética, 2012, pp. 21 e 30.

<sup>22</sup> Esclareça-se que a referida Instrução, sintonizada com as críticas que os contabilistas faziam à disciplina instituída pela lei societária, tratava o ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros como sendo o "goodwill", ou seja, a diferença entre o valor despendido na aquisição do investimento e o seu valor patrimonial já acrescido da "mais-valia" correspondente ao valor de mercado dos bens do ativo. Além disso, especificava um critério distinto para a amortização do ágio decorrente da aquisição de concessões públicas.

- b) O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida deveria ser amortizado no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados (passíveis de verificação anual), no limite máximo de dez anos;
- c) O ágio não justificado pelos fundamentos anteriores deveria ser reconhecido imediatamente como perda.

Conquanto os critérios acima permitissem a amortização do ágio na apuração do lucro contábil, o artigo 25 do mesmo Decreto-Lei nº 1.598/77 (artigo 391 do RIR/99), elimina seus efeitos na apuração do lucro real, *verbis*:

*Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*

Tal iniciativa, todavia, ressalva o disposto no artigo 33 daquele Decreto-Lei (artigo 426 do RIR/99). É que quando houver a alienação ou liquidação da participação societária o ágio ativado produzirá seus efeitos fiscais ao compor o custo de aquisição na apuração do ganho ou perda de capital. Veja-se:

*Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:*

*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. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*

O valor do ágio que comporá o custo de aquisição é aquele que foi originalmente ativado. Porém, para evitar que surjam quaisquer dúvidas sobre a necessária segregação dos montantes contabilmente amortizados, a regulamentação administrativa exige seu controle no LALUR. Neste sentido, o § único do artigo 391 do RIR/99 determina que:

*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).*

Uma outra hipótese de o ágio ativado produzir efeitos fiscais ocorre quando há a extinção da participação societária adquirida em eventos de reorganização societária envolvendo as empresas investidora e investida.

Inicialmente, foi o artigo 34 do mesmo Decreto-Lei (artigo 430 do RIR/99) quem disciplinou a questão. Resumidamente, determinou que na fusão, incorporação ou cisão de sociedades em que houver a extinção de participação societária de uma possuída por outra:

- a) se o valor contábil da participação societária extinta excedesse o acervo líquido vertido, avaliado a preços de mercado, haveria perda de capital, podendo ser imediatamente deduzida na apuração do lucro real ou, se o contribuinte preferisse, num prazo máximo de dez anos;
- b) se o acervo líquido vertido, avaliado a preços de mercado, excedesse o valor contábil da participação societária extinta, haveria ganho de capital, devendo ser imediatamente reconhecido na apuração do lucro real ou, se o contribuinte preferisse, diferido conforme os critérios estabelecidos nos §§ 1º e 2º daquele mesmo dispositivo legal.

O valor contábil da participação societária expresso na norma inclui somente a parcela do ágio ainda não amortizado contabilmente pela investidora até o evento que culminou com a extinção daquela participação. Explica-se. É que, diferentemente do que foi previsto pela mesma lei para a hipótese anterior (a do artigo 33), não houve qualquer autorização para que o ágio amortizado na escrituração comercial pudesse ser incluído no conceito de “valor contábil”.

Posteriormente, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização - PND - empreendido na década de 90, surgiram os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (artigo 386 do RIR/99). Esses dispositivos derrogaram parcialmente<sup>23</sup> as normas anteriores que tratavam dos efeitos fiscais do ágio na reorganização societária envolvendo as empresas investidora e investida. Confira-se:

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:*

<sup>23</sup> As disposições anteriores permaneceram vigentes nas hipóteses de participações societárias adquiridas sem registro do ágio, conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

*I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, 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 a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, 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 a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*

*IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

*§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.*

*§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:*

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

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

*§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:*

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

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

*§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.*

*§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.*

*Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:*

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;*
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.*

Destarte, o tratamento fiscal do ágio nos eventos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades em que uma absorver o patrimônio da outra passou a ser disciplinado de acordo com o fundamento econômico escolhido na sua geração. Sucintamente:

- a) O ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida deverá integrar o valor contábil dos respectivos bens para fins de futura depreciação, amortização, exaustão ou composição do custo na apuração de eventual ganho ou perda de capital;
- b) O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida poderá ser amortizado no prazo mínimo de cinco anos, respeitada a razão máxima de 1/60 por mês;
- c) O ágio não justificado pelos fundamentos anteriores deverá permanecer em conta do ativo permanente, não sujeita à amortização, para aproveitamento futuro na composição do custo na apuração de eventual ganho ou perda de capital.

É de se notar que a norma não faz referência expressa quanto ao fato de estar tratando da parcela ainda não amortizada. Por outro lado, também não o faz quanto à integralidade do ágio originalmente formado. Contudo, por motivos lógicos e sistemáticos, há que se prestigiar a interpretação segundo a qual a norma só pode estar se referindo à parcela do ágio ainda não amortizado contabilmente pela investidora até o evento que culminou com a extinção daquela participação.

É que a racionalidade da norma está em permitir, depois da reunião do investimento com o patrimônio investido, que o ágio pago possa ser deduzido com a concretização dos benefícios que o motivaram. Mas, esclareça-se, só a parcela do ágio correspondente aos benefícios que ainda restam ser concretizados após a ocorrência da nova configuração patrimonial prevista na norma. Conseqüentemente, tratando-se do ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida, a amortização deve ocorrer na medida em que esses bens sejam realizados. Por sua vez, tratando-se do ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida, a amortização deve ocorrer no ritmo da geração dos lucros esperados, respeitada a razão máxima estabelecida. Se houve parcelas dos bens já realizadas ou dos lucros já gerados antes da reunião do investimento com o patrimônio

investido, não faz sentido querer transportar as correspondentes parcelas de ágios já amortizadas para a nova configuração patrimonial. A conta que registra o bem (no caso dos bens já realizados) ou a conta de ativo diferido (no caso dos lucros já gerados) deverá representar o valor do ativo existente no momento da nova configuração patrimonial.

Uma questão de suma importância para a qualificação dos planejamentos tributários inseridos neste contexto é saber se o tratamento da matéria disciplinado pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 constituiu ou não um benefício fiscal diante do tratamento anteriormente conferido pelo artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77. A argumentação contrária ao reconhecimento do benefício fiscal é fundada na constatação de que a nova disciplina não mais permite o aproveitamento imediato do ágio (como visto, a parcela ainda não amortizada contabilmente na investidora) no evento que extingue a participação societária, mas, sim, exige seu diferimento para eventos futuros diversificados conforme a fundamentação econômica adotada na sua geração. Afinal, se uma despesa podia ser imediatamente aproveitada e surge uma nova lei que posterga seu aproveitamento, onde estaria o benefício fiscal?

Esse raciocínio, defendido inclusive por autores de escol<sup>24</sup>, iria contra todo um pensamento comum que se formou em torno do conteúdo normativo veiculado nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Como já apontado, eles foram editados no âmbito do PND, criado para estimular a privatização das empresas públicas, na década de 90. O que mais se ouvia falar sobre tal conteúdo é que ele constituía um verdadeiro incentivo fiscal para a criação de empresas ou consórcios de empresas nacionais com o objetivo de poderem participar dos leilões de privatização.

Em favor da ideia segundo a qual o novo regramento trouxe, de fato, um benefício fiscal, o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho expressou opinião divergente em seu voto vencedor no Acórdão nº 1102-000.873, de 11 de junho de 2013. Pelo brilhantismo da explanação, vale a pena reproduzir o seguinte trecho daquele voto:

Antes da Lei n. 9.532/97, o ágio somente produziria efeitos fiscais na hipótese de alienação, liquidação ou extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, influenciando a determinação do ganho de capital. No caso de extinção por incorporação, fusão ou cisão, assim dispunha o art. 34 do Decreto n. 1.598/77, *verbis*:

(...)

Especificamente no que tange à extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, na vigência da legislação acima referida, seria considerado dedutível apenas a perda de capital correspondente à “*diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado*” (sic art. 34 do DL 1.598), que poderia ser deduzido de uma vez só ou como ativo diferido em 10 anos.

Esquematizando, pode-se dizer que  $VDP = VC - VALPM$ , onde VDP é o valor a deduzir como perda, VC é o valor contábil registrado na investidora e VALPM é o valor do acervo líquido avaliado a preço de mercado.

Exemplificando: uma empresa que possui patrimônio líquido (acervo líquido) de 50(PL) é adquirida por outra pelo preço de 120. Nesse caso, a investidora

<sup>24</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, “Ágio em Reorganizações ...”, pp. 66 a 68.

registrará investimento avaliado pelo PL de 50 e ágio sobre investimento de 70, e consequente valor contábil de investimento de 120 (VC). Se este investimento for ulteriormente incorporado, poder-se-á vislumbrar um dos seguintes resultados:

**Hipótese 1º) VALPM igual ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL, isto é, de  $VALPM = 50$ , no exemplo acima.**

*Assim ficará a equação:  $VDP = 120 - 50$  ou  $VDP = 70$ . Portanto, a perda de capital dedutível será de 70, que, no exemplo, corresponde exatamente ao valor do ágio pago.*

**Hipótese 2º) VALPM superior ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL e inferior ao VC, isto é,  $VALPM > 50$  e  $< 120$ , por exemplo, de 80.**

*Nesse caso o resultado é  $VDP = 120 - 80$  ou  $VDP = 40$ . Ou seja, na hipótese o valor dedutível como perda é menor que o valor do ágio pago.*

**Hipótese 3º) VALPM igual ou superior ao valor de VC, isto é,  $VALPM \geq 120$ . Neste caso o resultado é  $VDP = 120 - 120$ , ou seja,  $VDP = 0$ .**

*Nesse caso não haverá valor a ser deduzido como perda.*

Com a devida vênia, pois, é equívoco afirmar que sob a égide da legislação anterior o ágio pago era dedutível, pois somente poderia ser deduzida a perda de capital apurada segundo a fórmula acima mencionada que levava em consideração duas variáveis: o valor contábil registrado na investidora (VC) e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado (VALPM). O valor a deduzir poderia ser igual ou inferior ao ágio, ou até mesmo ser inexistente.

Apenas para contextualizar, imagine-se o ambiente de empresas listadas em bolsa, como a Telebrás e controladas. Numa realidade em que estas empresas estão obsoletas e sob o regime de monopólio estatal, o valor das ações em bolsa, que serve para determinar o VALPM, provavelmente refletirá ao valor do patrimônio líquido (pode ser mais ou menos). O que aconteceria num ambiente em que o poder estatal anunciasse a privatização destas empresas?

Naturalmente, o valor das ações aumentaria, aumentando, por conseguinte, o VALPM, isto é, o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.

Dependendo do momento e da oscilação do mercado, todo o valor do ágio que fosse pago na aquisição desse investimento estatal poderia se tornar indedutível, da noite para o dia. **Ou seja, o modelo previsto no artigo 34 do Decreto n. 1.598/77 colidia frontalmente com os interesses do próprio Governo Federal de fomentar as privatizações e obter lances maiores para a venda das ações.**

A Lei n. 9.532/97 inova por dar tratamento específico e mais benéfico para quem pagou o ágio nos casos específicos de extinção da participação societária por incorporação, fusão ou cisão. Restou garantido ao investidor que a dedutibilidade seria do valor integral do ágio que foi pago, sem qualquer variável negativa como existia no modelo da legislação anterior.

Não há dúvida, pois, que a Lei n. 9.532/97 foi mais um elemento que serviu para incentivar os casos de privatização, garantindo-se aos investidores que o ágio pago, todo ele, fundando em rentabilidade futura, seria deduzido.

Fica claro, então, que a argumentação contrária à ideia do benefício fiscal concentra seu raciocínio no ágio aproveitado, mas se esquece que a regra anterior tratava da perda (ou ganho) de capital auferido a partir de uma outra variável, qual seja, o acervo líquido vertido a preços de mercado. Este, como bem lembrado pelo ilustre Conselheiro Guidoni, pode variar ao sabor das oscilações do mercado. E num contexto em que se espera a injeção de recursos na empresa investida o normal é que o mercado reflita de forma positiva no valor daquele acervo.

Portanto, com todo o respeito às posições divergentes, sigo com o entendimento segundo o qual os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 constituíram verdadeiro benefício fiscal no tratamento da matéria.

Diferentemente do que ocorre em alguns países onde a renda segue a teoria da fonte definida em espectros cedulares, o conceito de renda adotado no Brasil segue a teoria do acréscimo patrimonial (segundo o modelo desenvolvido pelos financistas Georg Schanz, Robert Haig e Henry Simons - modelo SHS) definido numa amplitude global<sup>25</sup>. Isso significa que considera-se renda quaisquer fluxos monetários e demais benefícios (que possam também ser avaliados em termos monetários) que ingressem na esfera patrimonial da pessoa durante o período considerado. O que ocorre é que a lei, em situações nas quais o legislador sopesa a confluência de diversos princípios e interesses coletivos, deixa de tributar algumas categorias de renda. Consequentemente, no caso do imposto de renda, a lei tributária incide de forma global sobre todo acréscimo patrimonial. Depois, sobre algumas situações específicas, afasta o campo de incidência.

Tratando-se de benefício fiscal, diria que sua natureza é de uma isenção. Como explica Paulo de Barros Carvalho, a isenção atua no próprio campo normativo. A regra de isenção subtrai parte do campo de abrangência do antecedente ou do consequente da regra-matriz de incidência, mutilando, parcialmente, um ou mais dos seus critérios<sup>26</sup>.

Nessa trilha, quando a lei permite a amortização do ágio que no regramento anterior poderia ser absorvido pela versão de um acervo líquido superavaliado, nada mais faz do que mutilar, parcialmente, o critério da base de cálculo da regra-matriz de incidência.

Por tratar-se de isenção, há que se lembrar o que determina o artigo 111 do CTN, *verbis*:

*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*(...)*

*II - outorga de isenção;*

<sup>25</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, Nicola Sartori e Omri Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law*. New York: Oxford, 2011, pp. 17 a 23.

<sup>26</sup> Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 17a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 490.

A regra-matriz de incidência é o resultado do trabalho interpretativo de um conjunto de enunciados veiculados nos textos legais. Há diversas técnicas legislativas para conformar o campo de incidência. A isenção nada mais é do que uma dessas técnicas, por meio da qual, algum aspecto de uma predefinição genérica daquele campo é mutilado. Entretanto, se o legislador opta por essa técnica, o CTN exige uma interpretação literal dos seus enunciados para a produção da regra-matriz. E não é de se estranhar que seja assim. Afinal, a regra geral é a incidência sobre a renda global. A mutilação é uma exceção. Por isso, não se pode dar uma amplitude extensiva à regra de isenção.

Não há que se confundir a exigência de interpretação literal das regras que outorgam isenções com a concepção formalista da primeira fase do debate sobre os planejamentos tributários. A exigência de literalidade opera na formação da norma a partir dos enunciados normativos. O intérprete define com maior rigor as circunstâncias normativas estabelecidas nos enunciados que veiculam as regras de isenção. Por exemplo, define com maior rigor os contornos dos negócios jurídicos contidos nestes enunciados.

A concepção formalista, por sua vez, opera na compreensão dos fatos. Segundo seus defensores, a situação fática não se subsume na regra-matriz porque o contribuinte formalizou negócio jurídico distinto do que está previsto nos enunciados dos textos legais. O Fisco, por outro lado, discorda dessa interpretação dos fatos. Para este, aquele negócio jurídico está maculado pelo vício da causa e a situação fática, na verdade, se subsume no negócio jurídico contido na regra-matriz.

Assim, de tudo que foi dito, conclui-se que não há espaço para um alargamento da isenção além das situações expressamente previstas em lei. Não é possível, portanto, interpretar os comandos legais de modo que a amortização do ágio ocorra fora dos exatos parâmetros idealizados pelo legislador.

Registre-se, contudo, que a matéria sofrerá profundas alterações para os fatos geradores futuros por obra do conteúdo introduzido pela Lei nº 12.973/14.

### **Das alegações preliminares:**

Antes de ingressar no mérito das acusações fiscais, é adequado tecer alguns breves comentários sobre algumas questões levantadas pela recorrente que considero preliminares para a análise do pleito.

Primeiramente, acerca do protesto pela juntada de documentos e realização de diligência, a recorrente o faz de forma genérica e dissociada de um ponto específico da sua argumentação.

Os artigos 16 e 18 do Decreto nº 70.235/72 (que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal - PAF) possuem os seguintes conteúdos:

*Art. 16. A impugnação mencionará:*

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(grifei)

Destarte, verifica-se que a norma que prevê a juntada de documentos após a impugnação e a realização de diligências no processo administrativo fiscal impõe requisitos que não foram cumpridos pela recorrente. Ademais, a decisão sobre a realização de diligências tem natureza de cujo facultativo para a formação da convicção da autoridade julgadora ao

conferir a esta a possibilidade de determiná-las quando entender que são necessárias. O que, em minha opinião, não é o caso no presente processo.

### **Da glosa das amortizações dos ágios:**

Com as premissas que foram apresentadas, quais sejam, a inoponibilidade ao Fisco dos planejamentos formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária e a impossibilidade de uma interpretação extensiva das hipóteses expressamente previstas em lei para a amortização do ágio, já se pode enfrentar a principal matéria do presente caso.

Cumprido, então, distinguir as duas modalidades de ágio que foram geradas e tiveram suas amortizações glosadas pela fiscalização: o ágio referente à aquisição da empresa Baydiag Ltda, doravante BAYDIAG, e o ágio referente à integralização de quotas da empresa Dade Behring Ltda, doravante DADE, para aumento de capital na recorrente.

**Quanto ao ágio referente à aquisição da empresa BAYDIAG,** primeiramente, há que se atentar para as condições da sua formação.

Segundo o que foi relatado, em 21/11/2006, o grupo SIEMENS (representado pelas empresas holandesas SIEMENS Diagnostics Holding II BV e Diagnostics Products Corporation Benelux BV) adquiriu a empresa Siemens Medical Solutions do Brasil Participações (que havia sido constituída, em 06/09/2006, sob a denominação de "Valussi Participações", com um capital de apenas R\$ 100), doravante SIEMENS PARTICIPAÇÕES. Em 26/11/2006, o grupo SIEMENS transferiu R\$ 209.028.301,00 para a SIEMENS PARTICIPAÇÕES. Em 27/12/2006, a SIEMENS PARTICIPAÇÕES efetuou um pagamento de R\$ 201.171.006,00 (incluindo um ágio de R\$ 150.828.542,12) para a aquisição da totalidade das quotas da empresa BAYDIAG. Em 23/03/2007, esta última (já com a denominação da recorrente) incorporou a SIEMENS PARTICIPAÇÕES, possibilitando, assim, as subseqüentes amortizações do ágio. Mais à frente, em 26/09/2008, a recorrente efetuou um pagamento complementar no valor de R\$ 8.081.000,00 (elevando o valor total do ágio para R\$ 158.909.542,12).

Nada obstante, poucas linhas atrás dissemos que em matéria de isenção, como é o caso da amortização do ágio, não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. Por oportuno, repita-se a transcrição do artigo 7º, *caput*, e do artigo 8º, alínea "b", da Lei nº 9.532/97:

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (grifei)*

(...)

*Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:*

(...)

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. (grifei)

A interpretação literal para a formação da norma conduz ao entendimento de que o ágio a ser amortizado é aquele surgido nos termos do que previu o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Isto é, somente a empresa que "detenha participação societária adquirida" naqueles moldes poderá figurar como incorporadora ou incorporada no evento que resultará no encontro do seu patrimônio com o da empresa investida.

Em termos econômicos, tal como era antes regulado no âmbito do artigo 34 daquele mesmo Decreto-Lei, trata-se de permitir, em razão da confusão patrimonial estabelecida, a dedução da perda de capital que era do investidor (só que, agora, garantindo-se sua expressão na totalidade do ágio contabilizado). Por isso, há que se exigir a presença do real investidor no evento da incorporação, melhor dizendo, quem efetivamente suportou a perda de capital.

Quanto à compreensão dos fatos, deve-se deixar claro que o negócio jurídico essencial para o deslinde da questão é justamente aquele que proporcionou a geração do ágio que foi objeto do aproveitamento. Ou seja, a operação de aquisição da participação societária pela SIEMENS PARTICIPAÇÕES.

Passemos, então, à análise dessa operação.

O que se constata, pelo Termo de Verificação Fiscal (fls. 45 e 46), é que a operação foi realizada nos termos de um contrato denominado "*Share Sale and Transfer Agreement*" (fls. 673 a 695, com tradução para o vernáculo anexada de fls. 631 a 655). Apesar de esse contrato envolver empresas brasileiras (compradora, vendedora e comprada/vendida), o preço de compra, o reajuste de capital de giro líquido e a taxa sobre eventuais juros aplicados foram originalmente estabelecidos na moeda da União Europeia (cláusulas 2.1, 2.3 e 2.5). Além disso, foi estipulado que ele "será regido por e interpretado de acordo com as leis da Alemanha" e que qualquer disputa "será resolvida através de arbitragem, de acordo com as regras do *Deutsch Institution fur Schiedsgerichtsbarkeit (D.I.S.)*" (cláusula 6.5 do contrato). Ademais, "os termos aos quais foi acrescentada uma tradução do alemão serão interpretados como tendo o significado atribuído pela tradução do alemão" e "o termo 'empresa afiliada' terá o significado atribuído a ele na Seção 15 da Lei das Sociedades Anônimas Alemã (*verbundenen Untemehmen*)" (cláusula 6.6 do contrato).

Os recursos financeiros para a aquisição da BAYDIAG foram efetivamente originados do grupo SIEMENS no exterior. Como apurado pela fiscalização (fls. 55 a 57), este enviou para a empresa SIEMENS PARTICIPAÇÕES quase que a totalidade do valor necessário para o pagamento da aquisição. Tal empresa não teve receitas operacionais nem funcionários. Possuía diretor e endereço idênticos ao da recorrente. Por isso, a autoridade fiscal concluiu se tratar de mera empresa veículo utilizada como canal de transferência do ágio.

A recorrente contesta essa conclusão afirmando que a utilização da SIEMENS PARTICIPAÇÕES seguiu o modelo adotado pelo grupo para aquisições semelhantes em outros países. A operação teve os contornos que se espera de um negócio realizado entre

partes independentes, sendo, inclusive, aprovado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Sua formatação teve o objetivo de racionalização, otimização, aumento da sinergia e consolidação dos investimentos no País. Acrescenta que a incorporação reversa evitou os inconvenientes ligados à extinção do CNPJ da incorporadora, bem como delongas relacionadas à burocracia de órgãos públicos.

Sem embargo, as evidências são claras de que a real aquisição se deu por parte das empresas do grupo SIEMENS situadas no exterior. A aquisição pela SIEMENS PARTICIPAÇÕES revela vício de causa. Não há dúvidas de que a causa real, que prepondera sobre a causa negocial, foi a geração do ágio para o subsequente aproveitamento. Isto é, um propósito preponderantemente marcado pela economia tributária. Portanto, como antes esclarecido, trata-se de planejamento tributário inoponível ao Fisco.

Diferentemente do que ocorreu com os investimentos envolvidos no âmbito do Programa Nacional de Desestatização da década de 90, que motivou a criação do benefício fiscal da amortização do ágio, não se vislumbra aqui a necessidade de canalização dos investimentos numa empresa ou consórcio de empresas nacional que tem a incumbência de fazer a aquisição da participação societária através de leilões de privatização de empresas públicas. Neste caso, a interposição de empresa veículo teve o propósito preponderante da economia tributária.

Demais disso, a instância *a quo* identificou outro problema.

Não houve comprovação efetiva do fundamento econômico do ágio. Isso porque, conforme já constava no Termo de Verificação Fiscal (fls. 47), o relatório de avaliação econômico-financeira juntado aos autos (fls. 585 a 636) foi elaborado em 27/02/2007, portanto, dois meses após a geração do ágio. Ademais, tal relatório avaliou a empresa adquirida (BAYDIAG) no valor justo de mercado de R\$ 223.002.000,00. Esse valor, no entanto, não corresponde ao valor pago na sua aquisição. A empresa autuada, por sua vez, não se pronunciou sobre essa constatação em suas peças recursais.

Com efeito, o relatório pretendeu justificar o fundamento econômico do ágio gerado. Ou seja, ao utilizar uma metodologia de fluxo de caixa descontado, pretendeu refletir o valor da aquisição numa expectativa de rentabilidade futura. Porém, a sua elaboração extemporânea e com valor distinto do que efetivamente foi pago afasta essa pretensão.

Nesse sentido, são pertinentes as conclusões do Professor Luís Eduardo Schoueri<sup>27</sup> quando percebe que a lei não exige uma forma para a demonstração do fundamento econômico do ágio nem exige que sua metodologia seja a mais adequada. O que importa é saber se o demonstrativo exigido pela lei (que pode ou não ser revestido na forma de um laudo), de fato, embasou a decisão do comprador. Não interessa também saber se a empresa era rentável, mas se o comprador, ao pagar o ágio, acreditava na existência da rentabilidade futura.

Ora, se o relatório foi elaborado posteriormente e com valor diverso dos que foram efetivamente verificados na operação, não há como se admitir que ele embasou a decisão do comprador. Portanto, não foi preenchido o requisito exigido pelo § 3º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, antes reproduzido, qual seja, a comprovação do fundamento econômico utilizado para a constituição do ágio. Por isso, como bem observou a Fazenda Nacional em suas contrarrazões, não se pode permitir a sua posterior amortização na condição

de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura nos termos previstos no inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 (artigo 386 do RIR/99).

**Quanto ao ágio referente à integralização de quotas da empresa DADE para aumento de capital na recorrente**, novamente, impõe-se verificar as condições da sua formação.

Pelo que foi relatado, uma negociação internacional realizada no âmbito dos grupos SIEMENS e DADE BEHRING resultou, no Brasil, numa operação de aumento de capital da recorrente efetuada em 29/09/2008. No que diz respeito à sócia Siemens Healthcare Diagnostics Inc., esse aumento de capital se deu mediante a integralização da totalidade das quotas que possuía na empresa Dade Behring Ltda, doravante DADE, no valor de R\$ 84.889.000,00 (incluindo um ágio de R\$ 36.316.184,88 que passa a ser contabilizado na recorrente). Em 13/10/2008, a recorrente incorporou a empresa DADE, possibilitando, assim, as subseqüentes amortizações do ágio.

Mais uma vez, há que se compreender os fatos no sentido de que o negócio jurídico essencial para o deslinde da questão é justamente aquele que proporcionou a geração do ágio que foi objeto do aproveitamento. Ou seja, a operação de aumento do capital social da recorrente mediante a integralização da quotas da DADE.

Passemos, então, à análise dessa operação.

O que se constata é que a incorporação da empresa DADE pela recorrente não precisava ser precedida da operação de aumento de capital. Se a DADE fosse diretamente incorporada pela recorrente, isso não mudaria o quadro final. No âmbito fiscal, na medida em que esta última era optante pelo Regime Tributário de Transição - RTT (fls. 2142), uma eventual reavaliação do acervo vertido seria permitida nos termos da redação original do artigo 21 da Lei nº 9.249/95 (artigo 235, § 2º, do RIR/99) e o correspondente ganho de capital não seria tributado enquanto mantido em reserva de reavaliação na conformidade do artigo 37 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (artigo 440 do RIR/99). Pela equivalência patrimonial, naturalmente, o ganho de capital seria refletido no ativo da investidora. Quaisquer acréscimos adicionais ao capital da recorrente que provocassem a diluição na participação societária dos demais sócios poderiam até gerar ágio, porém, este teria que ser registrado no patrimônio da empresa investidora situada no exterior.

A fiscalização caracterizou a operação como ensejadora de um "ágio de si mesmo", gerado intragrupo, cujas chances de oponibilidade perante o Fisco são escassas (fls. 62). Na mesma linha, a maioria vencedora na DRJ qualificou o caso como ágio interno, com a finalidade de gerar ganhos indevidos de natureza tributária (fls. 2804).

A recorrente, no entanto, alega que houve nítido pagamento de sobrepreço na aquisição internacional do grupo DADE BEHRING. A análise da operação feita pelo CADE concluiu que não haveria prejuízo para a concorrência no seguimento de atuação do negócio. Não faria sentido manter duas empresas (CNPJ distintos) do mesmo segmento econômico pertencentes ao grupo SIEMENS. A incorporação trouxe vantagens de otimização da eficiência operacional, maior sinergia e integração das unidades, com redução de custos operacionais. Acrescenta que a geração do ágio foi devidamente respaldada em laudo de avaliação econômico-financeira. O fato de ser intragrupo não o desqualifica desde que devidamente

contextualizado em um cenário empresarial. A operação se assemelha a outras que foram julgadas favoravelmente aos contribuintes pelo CARF.

Nada obstante, as evidências são claras de que a DADE poderia ter sido diretamente incorporada pela recorrente. O aumento do capital social da recorrente, mediante a integralização da quotas da DADE, revela vício de causa. Não há dúvidas de que a causa real, que prepondera sobre a causa negocial, foi a geração do ágio para o subseqüente aproveitamento. Isto é, um propósito preponderantemente marcado pela economia tributária. Portanto, como antes esclarecido, trata-se de planejamento tributário inoponível ao Fisco.

Como conclusão, relativamente a ambos os ágios, dada sua inoponibilidade ao Fisco, não se consubstanciaram as aquisições de participação societária com ágio para fins de aplicação da norma formada pela interpretação literal. A compreensão dos fatos não permite a subsunção pretendida pela recorrente porque os negócios jurídicos engendrados foram maculados pela simulação por vício de causa.

Por conseguinte, mantenho as glosa das amortizações dos ágios.

#### **Da dedutibilidade da amortização do ágio na apuração da CSLL:**

A recorrente contesta a autuação, na parte referente à CSLL, por entender que não há restrição para a sua dedução. Sustenta esse entendimento na teoria da autonomia legislativa entre o IRPJ e a CSLL.

Quando a segunda premissa deste voto foi apresentada, fez-se uma introdução histórica das regras que regem a contabilização e o aproveitamento do ágio. Nada foi mencionado acerca da aplicabilidade daquelas regras para a CSLL. Contudo, há que se reconhecer, de fato, a alegada autonomia legislativa desta contribuição em relação ao IRPJ. Nesse sentido, peço vênica para reproduzir um trecho do voto vencedor proferido, em 17/06/2009, no Acórdão nº 1401-00.058, pelo ilustre Conselheiro Marcos Shigueo Takata:

Notadamente a partir da Lei 8.541/92, a lei, *quando quis prescrever* certo tratamento para a determinação do lucro real e *também para a da base de cálculo da CSL, ela o fez* expressamente.

Isso fica mais evidente na Lei 8.981/95 e nas leis posteriores. Dispunha o art. 42 da Lei 8.981/95:

*Art. 42. A partir de 1º de janeiro de 1995, para efeito de determinar o lucro real, o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela legislação do Imposto de Renda, poderá ser reduzido em, no máximo, trinta por cento.*

*Parágrafo único. A parcela dos prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, não compensada em razão do disposto no caput deste artigo poderá ser utilizada nos anos-calendário subseqüentes.*

Os arts. 57 e 58, dessa lei preceituam:

*CAPÍTULO IV*  
*DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO*

*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, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta lei.*

*§ 1º Para efeito de pagamento mensal, a base de cálculo da contribuição social será o valor correspondente a dez por cento do somatório:*

*(...)*

*Art. 58. Para efeito de **determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro**, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento.*

Veja-se a dicção do art. 41 da Lei 8.981/95:

*Art. 41. Os tributos e contribuições são dedutíveis, **na determinação do lucro real**, segundo o regime de competência.*

*§ 1º. O disposto neste artigo **não se aplica** aos tributos e contribuições cuja exigibilidade esteja suspensa, nos termos dos **incisos II a IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**, haja ou não depósito judicial.*

*§ 2º. Na **determinação do lucro real**, a pessoa jurídica não poderá deduzir como custo ou despesa o Imposto de Renda de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável em substituição ao contribuinte.*

*§ 3º. A dedutibilidade, como custo ou despesa, de rendimentos pagos ou creditados a terceiros abrange o imposto sobre os rendimentos que o contribuinte, como fonte pagadora, tiver o dever legal de reter e recolher, ainda que assuma o ônus do imposto.*

*§ 4º. Os impostos pagos pela pessoa jurídica na aquisição de bens do ativo permanente poderão, a seu critério, ser registrados como custo de aquisição ou deduzidos como despesas operacionais, salvo os pagos na importação de bens que se acrescerão ao custo de aquisição.*

*§ 5º. Não são dedutíveis como custo ou despesas operacionais as multas por infrações fiscais, salvo as de natureza compensatória e as impostas por infrações de que não resultem falta ou insuficiência de pagamento de tributo.*

Por óbvio que os parágrafos de um artigo se subordinam a seu *caput*, que, no caso (art. 41 da Lei 8.981/95), trata da *determinação do lucro real*, além do que o § 2º repete o endereçamento. Nem o § 1º do art. 41, nem os demais parágrafos, nem o

*caput* tratam da incidência da regra do § 1º do art. 41 para a *determinação da base de cálculo da CSL*.

O art. 57 dessa lei é claro ao dizer que são *mantidas a base de cálculo* e as alíquotas da CSL, com as alterações introduzidas por essa lei. Esta lei *introduziu diversas alterações* na determinação da base de cálculo da CSL, *entre as quais não se inclui o regramento previsto no art. 41, § 1º*, retrodescrito.

Se a lei (art. 57, *caput*) fala expressamente que ficam mantidas a base de cálculo da CSL e suas alíquotas, exceto quando ela disponha de forma diversa, não vejo como se possa aplicar à CSL regra prescrita para a determinação do lucro real sem existir tal previsão para a determinação da base de cálculo da CSL. O art. 57, *caput*, da Lei 8.981/95 chega a ser tautológico, mas tem a virtude de erradicar qualquer dúvida que pudesse emergir quanto à aplicabilidade de norma endereçada ao IRPJ, sem remissão à CSL. Os §§ 1º e 2º do art. 57 e o art. 58 da lei em questão trazem as alterações aplicáveis à determinação da base de cálculo da CSL.

Ora, se ainda assim fosse concluível que o preceito contido no art. 41, § 1º, da Lei 8.981/95 seria aplicável na determinação da base de cálculo da CSL, entendo que *seria forçoso se concluir*, com *identidade de razões*, que, por ex., as normas sobre tributação do lucro em bases universais eram aplicáveis à CSL, mesmo sem o preceito contido no art. 21 da Medida Provisória 2.158/01 (pelo qual se passou a prever a tributação do lucro em bases universais para fins de CSL).

Nem se diga que se houvesse artigo nessa medida provisória prevendo expressamente que o mencionado art. 21 só entraria em vigor a partir de certa data a questão não se colocaria, pois isso é de absoluta imprestabilidade para a interpretação em discussão. A questão é ser aplicável o regime de tributação em bases universais para a CSL, mesmo sem o art. 21 dessa medida provisória.

Bem se sabe que concluir pela tributação da CSL em bases universais antes do advento do art. 21 da Medida Provisória 2.158/01 constituiria absurdo.

Argumento *ab absurdo*, que comete à evidência não ser aplicável, na determinação da base de cálculo da CSL, a regra do art. 41, § 1º, da Lei 8.981/95, preceituada para o lucro real.

A pertinência lógica e sistemática da interpretação me conduz a dizer igualmente que, se o art. 41, § 1º, da Lei 8.981/95 fosse aplicável à CSL, também lhe seriam aplicáveis as regras dos arts. 32 e 33, do Decreto-lei 2.341/87, mesmo sem ou antes do advento do art. 22 da Medida Provisória 2.158/01, que preconiza a aplicação da preceituação dos arts. 32 e 33, do Decreto-lei 2.341/87 à CSL:

*Art.22. Aplica-se à base de cálculo negativa da CSL o disposto nos arts. 32 e 33 do Decreto-Lei nº 2.341, de 29 de junho de 1987.*

Mas, sabidamente o art. 22 da Medida Provisória 2.158/01 inovou o ordenamento jurídico, *i.e.*, sua preceituação à CSL só teve cabimento a partir da introdução desse dispositivo, mediante o art. 20 da Medida Provisória 1.858-6, de 29 de junho de 1999 (atual art. 22 da Medida Provisória 2.158/01).

(...)

Entendo, pois, que as interpretações literal, lógica e sistemática não permitem extrair a exegese de que o art. 41, § 1º, da Lei 8.981/95 seja aplicável à CSL.

Portanto, endosso as razões desse voto, relativamente à parte transcrita, para concluir que o artigo 57 da Lei nº 8.981/95 não autoriza aplicar à base de cálculo da CSLL as mesmas regras expressamente endereçadas pela lei para a apuração do lucro real.

Nada obstante, apesar de adotar tal pressuposto, não são corretas as conclusões delineadas pela recorrente.

Com efeito, ao observar a autonomia legislativa desses tributos, deve-se concluir que, tanto a regra inscrita no artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97, quanto as regras inscritas nos artigos 25 e 34, do Decreto-Lei nº 1.598/77, não são aplicáveis à CSLL. Afinal, seus enunciados são expressos em afirmar que tratam da determinação do "lucro real".

Por outro lado, não se pode concordar com a dedutibilidade da CSLL amparada nos critérios estabelecidos pela Instrução CVM nº 247/96. Isso porque uma vez ocorrido o encontro do patrimônio da empresa investidora com o da empresa investida, através da operação de incorporação, o ágio se transforma em perda de capital e, com isso, desaparece o elemento contábil para a sua amortização.

Assim sendo, cumpre investigar se seria possível considerar como dedutível a amortização de um item do ativo diferido, contabilizado a título de ágio exclusivamente por determinação da regra contida no § 2º, "a", do artigo 7º, da mesma Lei nº 9.532/97. Para isso, há que se invocar o comando que consolidou a questão da dedutibilidade em matéria de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o artigo 13 da Lei nº 9.249/95:

*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:*

(...)

*III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;*

(grifei)

Trata-se, assim, de uma vedação de caráter geral, aplicável no caso presente à CSLL, na medida em que não se pode considerar que a amortização do item do ativo diferido, contabilizado como condição de aproveitamento de um benefício fiscal, seja intrinsecamente relacionado com a produção ou comercialização de bens ou serviços.

Destarte, está correta a PFN quando sustenta que a amortização não seria dedutível da base de cálculo da CSLL mesmo que o ágio fosse considerado válido e dedutível para fins do IRPJ.

### **Das multas qualificadas:**

O argumento utilizado pela fiscalização e corroborado pela instância *a quo*, no que diz respeito à glosa da segunda amortização (do ágio DADE), para manter a qualificação das multas aplicadas reside na imputação de conduta dolosa ao planejamento tributário engendrado.

Sem embargo, há que se recordar que a hipótese de qualificação da multa aplicada está contida no artigo 44, I, e seu § 1º, da Lei nº 9.430/96<sup>28</sup>, *verbis*:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*(...)*

*§ 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 nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

Por sua vez, os referidos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 são os que abaixo se reproduz:

*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;*

---

<sup>28</sup> A redação original desse dispositivo, abaixo transcrita, apesar de um pouco distinta, não altera o entendimento pronunciado na sequência.

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."

*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.*

Portanto, a qualificação (duplicação) da multa não decorre de nova infração. Ela surge quando a falta de pagamento ou recolhimento, a falta de declaração ou a declaração inexata estiver associada a uma das condutas típicas definidas como sonegação, fraude ou conluio. Tais condutas supõem a inequívoca constatação de dolo, elemento essencial do tipo, no seu mais puro sentido penal. Nas palavras de Marco Aurélio Greco<sup>29</sup>:

Se não houve intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido - que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável -, não se trata de caso regulado pelo § 1º do artigo 44, mas de divergência na qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude e da sonegação a que se referem os dispositivos para os quais o § 1º remete.

A fraude penal não se confunde com a fraude à lei (ou fraude civil) acima invocada. Nesta última, o contribuinte enquadra sua conduta numa norma, mas vem o Fisco e o faz em outra. É um problema de qualificação jurídica. Por sua vez, a fraude penal, assim como a sonegação, são condutas típicas do direito penal também caracterizadas como crimes contra a ordem tributária (artigos 1º e 2º, I, da Lei nº 8.137/90). Tanto é que o § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 ressalva a aplicação de outras penalidades criminais.

Quanto à sonegação, não há dúvidas. Só se concretiza depois de ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. Isso porque sua hipótese prevê uma conduta voltada para impedir ou retardar o “conhecimento”, pelo Fisco, “da ocorrência do fato gerador” ou “das condições pessoais de contribuinte”.

A fraude, por outro lado, suscita mais dúvidas. A redação do artigo 72 da Lei nº 4.502/64 pode ser dividida em duas partes.

Na primeira parte, tem-se as condutas de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. “Impedir ou retardar” é diferente de “não realizar”. Nos

<sup>29</sup> Cf. Marco Aurélio Greco, *op. cit.*, p. 253 de 24/08/2001

casos de planejamentos tributários, o contribuinte julga que sua conduta é alcançada por outro enquadramento legal e não pela hipótese do fato gerador. Como ensina Marco Aurélio Greco, essa parte do dispositivo legal tem sua aplicação restrita às situações em que “tiverem sido realizados atos que, substancialmente, representem o núcleo da definição do fato gerador, de modo que a sua ‘ocorrência’ seja mera etapa subsequente, e quase que inexorável, a introdução pelo contribuinte (ou outrem) de atos ou omissões que não permitam o aperfeiçoamento daquele fato gerador que iria ocorrer”. Afinal, só se impede ou se retarda algo que está em curso<sup>30</sup>.

Na segunda parte, quando há alusão a excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador, novamente, tem-se condutas que só se concretizam depois que este tenha ocorrido. É que só se pode excluir ou modificar algo que já exista<sup>31</sup>.

Há poucas linhas, firmou-se que o conceito de simulação pode ser orientado pelo vício de vontade ou pelo vício de causa. São duas situações claramente distintas.

Na simulação por vício de vontade, há o requisito do falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes declaram algum aspecto que seja falso, portanto, uma vontade aparente ou simulada (simulação absoluta), ou algum aspecto que tem por objeto encobrir outro de natureza diversa, portanto, uma vontade aparente ou simulada que encobre uma vontade real ou dissimulada (simulação relativa ou dissimulação). Trata-se, com efeito, das hipóteses em que se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais. Estamos fora do campo dos planejamentos tributários propriamente ditos.

Por outro lado, na simulação por vício de causa, situações em que se verificam os planejamentos tributários inoponíveis ao Fisco, inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes deixam às claras as formas jurídicas empregadas.

No presente caso, a fiscalização sustenta a qualificação das multas com base na imputação de conduta dolosa ao planejamento tributário engendrado. Mas, não aponta qualquer falseamento ou manipulação de aspectos relevantes nessa situação. Nem mesmo a maioria vencedora na DRJ, que manteve a qualificação no caso do ágio referente à empresa DADE, identificou problemas dessa natureza.

Nada obstante, como já exposto, se isso não aconteceu, não posso concordar com a qualificação da conduta nas figuras da sonegação ou da fraude penais. A aquisição de participação societária pela empresa veículo está maculada pelo vício da causa. Mas daí não decorre que houve falsidade material na sua execução. Muito menos que houve conduta concretizada após a ocorrência do fato gerador (sonegação ou segunda parte da fraude) ou conduta concretizada no iter formativo do fato gerador (primeira parte da fraude).

Por tais razões, afastou a qualificação das multas aplicadas.

### **Das multas isoladas sobre estimativas:**

<sup>30</sup> Cf. Marco Aurélio Greco ..., p. 258.

<sup>31</sup> Cf. Marco Aurélio Greco ..., p. 259.

A recorrente questiona as multas isoladas sobre estimativas por terem sido aplicadas após o encerramento dos respectivos períodos de apuração e concomitantemente com as multas proporcionais.

Quanto à matéria, sigo o entendimento majoritário da Câmara Superior de Recursos Fiscais que rejeita a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

Nesse sentido, pela clareza da argumentação empreendida, peço vênia para reproduzir trecho, conquanto extenso, do voto proferido pela ilustre Conselheira Karem Jureidini Dias no julgamento realizado em 15/08/2012 (*Acórdão nº 9101-01.455*):

#### A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

A multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, *verbis*<sup>32</sup>:

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

*(...)*

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

*(...)*

*b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.”*

A norma prevê, portanto, a imposição da referida penalidade quando o contribuinte do IRPJ e da CSLL, sujeito ao Lucro Real Anual, deixar de promover as antecipações devidas em razão da disposição contida no artigo 2º da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

*“Art.2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada,*

<sup>32</sup> Redação Original:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano calendário correspondente.

*mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.*

*§1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.*

*§2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.*

*§3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§1º e 2º do artigo anterior.*

*§4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:*

*I - dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;*

*II - dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração;*

*III - do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real;*

*IV - do imposto de renda pago na forma deste artigo.”*

A natureza das antecipações, por sua vez, já foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, que manifestou entendimento no sentido de considerar que as antecipações se referem ao pagamento de tributo, conforme se depreende dos seguintes julgados:

*“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CSSL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.*

*1. "É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96" (AgRg no REsp 694278RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 3/8/2006).*

2. *A antecipação do pagamento dos tributos não configura pagamento indevido à Fazenda Pública que justifique a incidência da taxa Selic.*

3. *Recurso especial improvido.”*

*(Recurso Especial 529570 / SC Relator Ministro João Otávio de Noronha Segunda Turma Data do Julgamento 19/09/2006 DJ 26.10.2006 p. 277)*

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO CSSL APURAÇÃO POR ESTIMATIVA PAGAMENTO ANTECIPADO OPÇÃO DO CONTRIBUINTE LEI N. 9430/96.*

*É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96. Precedentes:*

*REsp 492.865/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ25.4.2005 e REsp 574347/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004. Agravo regimental improvido.”*

*(Agravo Regimental No Recurso Especial 2004/01397180 Relator Ministro Humberto Martins Segunda Turma DJ 17.08.2006 p. 341)*

Do exposto, infere-se que a multa em questão tem natureza tributária, pois aplicada em razão do descumprimento de obrigação principal, qual seja, falta de pagamento de tributo, ainda que por antecipação prevista em lei.

Debates instalaram-se no âmbito desse Conselho Administrativo sobre a natureza da multa isolada. Inicialmente me filiei à corrente que entendia que a multa isolada não poderia prosperar porque penalizava conduta que não se configurava obrigação principal, tampouco obrigação acessória. Ou seja, mantinha o entendimento de que a multa em questão não se referia a qualquer obrigação prevista no artigo 113 do Código Tributário Nacional, na medida em que penalizava conduta que, a meu ver à época, não podia ser considerada obrigação principal, já que o tributo não estava definitivamente apurado, tampouco poderia ser considerada obrigação acessória, pois evidentemente não configura uma obrigação de caráter meramente administrativo, uma vez que a relação jurídica prevista na norma primária dispositiva é o “pagamento” de antecipação.

Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada quando o contribuinte não efetua a antecipação deste tributo. Tanto assim que, até a alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, o *caput* do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado “sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”.

Destaco trecho do voto proferido pelo Ilustre Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, no julgamento do Recurso nº 105-139.794, Processo nº 10680.005834/2003-12, Acórdão CSRF/01-05.552, *verbis*:

*“Assim, o tributo correspondente e a estimativa a ser paga no curso do ano devem guardar estreita correlação, de modo que a provisão para o pagamento do tributo há de coincidir com valor pago de estimativa ao final do exercício. Eventuais diferenças, a maior ou menor, na confrontação de valores geram pagamento ou devolução do tributo, respectivamente. Assim, por força da própria base de cálculo eleita pelo legislador – totalidade ou diferença de tributo – só há falar em multa isolada quando evidenciada a existência de tributo devido”.*

É bem verdade que melhor seria se a penalidade em comento fosse tratada como uma pena aplicada pela postergação do pagamento de imposto ou contribuição, mas existe regra específica para o caso de ausência de pagamento ou pagamento a menor de antecipação devida de IRPJ e CSLL, sobrepondo-se, portanto, à regra da postergação.

Adotada a premissa de que a imputação da multa isolada tem por fundamento norma primária sancionadora, em cuja hipótese está o descumprimento de obrigação principal, então a multa isolada é prevista para as hipóteses de não recolhimento ou recolhimento a menor do tributo na forma antecipada. Entendo que não há como se admitir que o valor da antecipação seja, após o encerramento do ano-calendário, um tributo isolado. A antecipação não é inconstitucional, nem ilegal. Isto porque, como o próprio nome enseja, é mera antecipação de tributo – IRPJ e CSLL – apurado de forma definitiva após o encerramento do ano-calendário, no caso de apuração na forma de lucro real anual.

O disposto no artigo 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 veicula norma que estabelece a imputação de penalidade isolada pelo não recolhimento de IRPJ e CSLL, de forma antecipada. Dado o fato do não recolhimento do tributo no prazo estipulado para sua antecipação, deve ser imputada a multa isolada.

No conseqüente desta norma resta claro que, como critério pessoal, tem-se de um lado o contribuinte sujeito ao pagamento da antecipação, de outro a União como sujeito ativo. Como critério quantitativo tem-se o percentual atual de 50% do tributo devido e não pago. Utiliza-se o termo tributo porque a sanção é aplicada sobre o descumprimento de obrigação principal.

Neste passo, até o encerramento do ano-calendário o que se tem por tributo devido é o IRPJ e a CSLL, apurados conforme cálculo previsto para antecipação. Já após o encerramento do ano-calendário e apuração do IRPJ e CSLL pelo lucro real, não há como negar que o montante do tributo devido é aquele definitivamente apurado, após as adições, exclusões e compensações previstas em lei.

Considerando que o IRPJ e a CSLL são auferidos ao final do ano-calendário, sendo provisório o montante calculado nas antecipações, conclui-se que:

i) Quando a multa isolada é aplicada durante o ano-calendário, a base é o tributo até então apurado, conforme cálculo das antecipações, já que outro não existe a substituí-lo por definitividade naquele momento.

ii) Quando a multa isolada é imputada após o encerramento do ano-calendário e apuração definitiva do tributo devido, sem dúvida a hipótese de aplicação é a mesma, falta de recolhimento das antecipações, não obstante, sua base de incidência terá por limite o valor do tributo definitivamente apurado.

Nem há que se imaginar que se nega vigência à norma em questão. O que ocorre é a eliminação, pela interpretação, de eventual contrariedade. Ressalte-se que não se trata sequer de contradição, mas de mera e aparente contrariedade. Isto porque, tanto a multa isolada, quanto a multa de ofício têm seu lugar, bem como a multa isolada pode ser aplicada inclusive após o encerramento do ano-calendário, mas, em se tratando de multa de natureza tributária, a base é o tributo que deixou de ser recolhido. Este tributo – IRPJ e CSLL – é aquele apurado conforme cálculo de antecipação até o encerramento do período e é aquele apurado pelo lucro real após o encerramento do período.

Neste ponto, peço vênha para novamente transcrever trecho do voto do brilhante Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, proferido no julgamento do recurso nº 105-139.794, já mencionado anteriormente, *verbis*:

*“(...) Vale dizer, após o encerramento do período, o balanço final (de dezembro) é que balizará a pertinência do exigido sob a forma de estimativa, pois esse acumula todos os meses do próprio ano-calendário.*

*Nesse momento, ocorre juridicamente o fato gerador do tributo e pode-se conhecer o valor devido pelo contribuinte. Se não há tributo devido, tampouco há base de cálculo para se apurar o valor da penalidade.(...)”*

Se o lançamento é efetuado antes do fim do exercício – portanto antes dos ajustes / apuração do lucro, base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos – a base para imposição da sanção é aquela devida por antecipação e calculada até aquele momento. Naquele momento, inclusive, não há autorização para constituição de obrigação principal definitiva – tributo – especialmente porque o mesmo ainda não se quantificou definitivamente porque não concluído o fato gerador. Nestes termos dispõe o *caput* do artigo 15 da Instrução Normativa nº 93/97, *verbis*:

*“Art. 15. O lançamento de ofício, caso a pessoa jurídica tenha optado pelo pagamento do imposto por estimativa, restringir-se-á à multa de ofício sobre os valores não recolhidos.”*

De outra feita, em momento posterior ao encerramento do ano-calendário, já existe quantificação do tributo devido definitivamente pelos ajustes determinados em legislação de regência, então esta é a limitação ao critério quantitativo da imposição de multa isolada.

Vale destacar a lição de Marco Aurélio Greco a respeito do tema, *verbis*:

*“(...) mensalmente o que se dá é apenas o pagamento por imposto determinado sobre base de cálculo estimada (art. 2º, caput), mas a materialidade tributada é o lucro real apurado em 31 de dezembro de cada ano (art. 3º do art. 2º). Portanto, imposto e contribuição verdadeiramente devidos, são apenas aqueles apurados ao final do ano. O recolhimento mensal não resulta de outro fato gerador*

*distinto do relativo período de apuração anual; ao contrário, corresponde a mera antecipação provisória de um recolhimento, em contemplação de um fato gerador e uma base de cálculo positiva que se estima venha ou possa vir a ocorrer no final do período. Tanto é provisória e em contemplação de evento futuro que se reputa em formação – e que dele não pode se distanciar – que, mesmo durante o período de apuração, o contribuinte pode suspender o recolhimento se o valor acumulado pago exceder o valor calculado com base no lucro real do período em curso (art. 35 da Lei nº 8.891/95)”. (In: “Multa Agravada em Duplicidade” São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 76, p. 159).*

Tampouco é de se questionar esta interpretação com base no fato de que a multa em questão é aplicável até mesmo em casos de apuração de base negativa da CSLL e de prejuízo fiscal no ano-calendário correspondente, conforme dispõe a alínea “b”, do inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, anteriormente capitulado no § 1º do citado artigo.

O direito, *in casu*, deve ser analisado à luz da relação de coordenação existente entre a norma veiculada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 e aquela veiculada pelo artigo 39, parágrafo segundo, da Lei nº 8.383/91, *verbis*:

*“Art. 39. As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão optar pelo pagamento, até o último dia útil do mês subsequente, do imposto devido mensalmente, calculado por estimativa, observado o seguinte:*

*(...)*

*§ 2º A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto mensal estimado, enquanto balanços ou balancetes mensais demonstrarem que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto calculado com base no lucro real do período em curso.(...)”*

Referido dispositivo, conforme é possível constatar, autoriza que o contribuinte interrompa ou reduza os pagamentos devidos por antecipação desde que demonstre, por meio de balancete mensal, que o valor da estimativa anteriormente paga e, portanto, acumulada no período, excede o valor do tributo apurado com base no lucro ajustado no período em curso.

Assim, a exegese que se extrai dos comandos legais contidos no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, mesmo após as alterações inseridas pela Lei nº 11.488/07, é aquela segundo a qual o lançamento da multa isolada pode ser feito em duas hipóteses:

(i) Antes da apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, quando a base para a imposição da multa observará um dos seguintes critérios: (i.1) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir da margem setorial (o percentual definido em lei) da receita bruta acumulada; ou (i.2) o valor correspondente às

antecipações não pagas calculadas a partir do balanço de redução ou suspensão (neste último caso, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL).

(ii) Após a apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, somente se ficar constatado que houve parcela daquele tributo devido que deixou de ser paga na forma de antecipação (quando deveria ter sido paga nesta forma), mas foi paga no ajuste. A base para a imposição da multa corresponderá exatamente ao valor da mencionada parcela. Não se admite, por óbvio, que tal base supere o valor do tributo devido apurado. Assim, há que se verificar se os valores de estimativa a pagar foram deduzidos na apuração anual. Em caso positivo, isto significa que o tributo devido não foi recolhido nem como estimativa nem como resultado do ajuste, portanto, não se trata de cobrar multa isolada, mas, sim, de cobrar o tributo acompanhado da multa proporcional. Em caso negativo, isto significa que o tributo não foi recolhido como estimativa, mas foi recolhido como resultado do ajuste, portanto, é cabível a multa isolada. Contudo, a base para a imposição da multa deverá corresponder ao valor da estimativa não paga que deixou de ser deduzida na apuração anual do imposto devido. Não se admite, também, que essa base supere o valor do imposto devido calculado na apuração anual.

A impossibilidade de lançamento da multa isolada concomitantemente com a multa proporcional é explicada na sequência do voto:

#### CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA E DA MULTA DE OFÍCIO

Por tudo quanto exposto na interpretação da norma que dispõe sobre a multa isolada em razão do não pagamento, ou pagamento a menor de antecipações, conclui-se que esta é devida e calculada sobre a obrigação principal até então apurada. O mesmo ocorre com a multa de ofício que acompanha o lançamento referente à totalidade ou diferença de tributo que deixou de ser constituído pelo contribuinte, ao final do ano-calendário.

Verifico identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias, pois ambas alcançam o contribuinte – sujeito passivo – e têm por critério material o descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido.

Inevitável, portanto, concluir-se que impor sanção pelo não recolhimento do tributo apurado conforme lançamento de ofício que apura IRPJ e CSLL devidos ao final do ano-calendário e impor sanção pelo não recolhimento ou recolhimento a menor das antecipações devidas, relativamente aos mesmos tributos, é penalizar o mesmo contribuinte duas vezes por ter deixado de recolher integralmente o tributo devido. Portanto, nestes casos, uma penalidade é excludente da outra.

Se o que prevalece para fins de quantificação da obrigação principal é o valor decorrente da apuração final, consolidada e definitiva do tributo – justamente porque as antecipações são apurações provisórias do mesmo tributo – também assim deve ser em relação a aplicação das penalidades: prevalece a multa aplicada quando o contribuinte não recolhe o tributo devido em conformidade com a apuração definitiva.

Além disso, é inegável que no caso em análise a aplicação da multa isolada é mera penalização de conduta meio de deixar de recolher tributo, uma vez que, por meio do mesmo lançamento, foi constituída, também, multa de ofício pelo não

recolhimento de tributo apurado quando da consolidação da obrigação principal devida no exercício e não constituída/recolhida pelo contribuinte.

Neste ponto vale destacar outro trecho do bem elaborado voto proferido pelo Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, em julgamento já referido, realizado nesta mesma Turma, a respeito da matéria ora sob análise, tratando do princípio da consunção da conduta-meio pela conduta-fim, *verbis*:

*“Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, deve-se investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem obrigatória de lesão, menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.*

*No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.*

*Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam “princípio da consunção”. (Recurso do Procurador nº 105139.794– Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – Rel. Marcos Vinícius Neder de Lima – Sessão de 04/12/2006)*

Adicionalmente, vale notar que é possível valorar as duas penalidades e estabelecer qual delas deve ser aplicável porque, em casos como o ora analisado, senão em razão da identidade de critérios pessoal e material das duas penalidades, ou por força da impossibilidade de se apenar conduta meio e conduta fim, também porque a lei que estabelece as referidas multas não determina expressamente que deve haver concomitância.

A lei não estabelece concomitância, não se tratando *in casu* de contradição. E como não há determinação legal de que ambas sejam aplicadas, o que vemos é um caso de aparente contrariedade. Ou seja, há aplicação normativa por excludência, segundo o que se determina a aplicação de uma ou de outra penalidade, a depender do caso, da valoração do bem maior a ser protegido, e das condutas incorridas pelo contribuinte. Se somente houve falta de recolhimento das antecipações esta é a conduta fim. Se, por outro lado, o contribuinte além de não recolher as antecipações, também deixou de constituir/recolher o tributo devido conforme a apuração definitiva, ocorrida após o encerramento do ano-calendário, então aquela é conduta-meio desta que é a conduta-fim.

Destarte, há concomitância se multas isolada e proporcional forem aplicadas como consequência da não antecipação de parcela do tributo devido que também não foi paga no ajuste. Isso ocorre, por exemplo, quando se verifica uma omissão de receita. A receita excluída no cálculo da estimativa é uma etapa preparatória do não pagamento do tributo devido no balanço final do mesmo ano-calendário. O mesmo fenômeno ocorre quando se efetua uma glosa de despesa que havia sido incluída no cálculo da estimativa apurada em balanço de suspensão ou redução. O impacto que a não antecipação causa na apuração do tributo devido é devidamente penalizado pela multa proporcional.

Observe-se que esse entendimento foi confirmado pela Súmula CARF nº 105, *verbis*:

*Súmula CARF nº 105 : A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.*

Mesmo que se defenda que esta súmula não se aplica aos fatos geradores posteriores à edição da Medida Provisória nº 351/07, a qual foi convertida na Lei nº 11.488/07, como já ressaltado, o entendimento aqui firmado permanece inabalado com as alterações promovidas pelos referidos estatutos legais.

No caso em apreço, a fiscalização lançou as multas isoladas pelo não pagamento das estimativas recalculadas como decorrência das infrações autuadas. Essas mesmas infrações impactaram a apuração feita pela fiscalização dos tributos devidos no final do ano-calendário. Trata-se, portanto, de concomitância.

Por isso, afasto também a aplicação das multas isoladas sobre estimativas.

### **Dos juros de mora sobre as multas de ofício:**

A recorrente alega também que deve ser afastada a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício.

Essa argumentação costuma ser motivada pela ressalva contida no artigo 161 do CTN. Confira-se:

*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)*

Ou seja, apenas o valor do principal poderia ser atualizado pelos juros, ressalvado o direito de o Fisco exigir a multa correspondente, sem que esta pudesse ser atualizada.

Outras vezes faz-se semelhante argumentação com base no que dispõem o artigo 61, c/c o seu § 3º, da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

*Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

(...)

*§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.*

(grifei)

Desta feita, somente sobre os débitos de tributos e contribuições poderiam incidir os juros.

Sem embargo, sobre o assunto, o entendimento do CARF pode ser extraído das seguintes súmulas:

*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. (grifei)*

*Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (grifei)*

Portanto, os juros moratórios são devidos à taxa SELIC e sobre o “crédito tributário”. Esta última expressão é definida pelo CTN nos seguintes termos:

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

*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)*

Assim, o crédito tributário decorre da obrigação principal que, por sua vez, tem por objeto também a penalidade pecuniária. Consequentemente, o entendimento sumulado compreende todo o crédito tributário lançado, ou seja, tributos e multas aplicadas.

Como é cediço, a matéria sumulada é de observância obrigatória por disposição expressa do que consta no artigo 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF):

*Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.*

A despeito de existirem decisões contrárias, há outras que corroboram o entendimento acima expresso. Note-se, por exemplo, as ementas dos seguintes acórdãos da Câmara Superior:

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão nº 9101-00.539, de 11/03/2010, Redatora Designada: Viviane Vidal Wagner)*

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão nº 9101-01.192, de 17/10/2011, Redator Designado: Claudemir Rodrigues Malaquias)*

Ademais, o STJ também já se pronunciou neste sentido. Veja-se:

*TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.*

*1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.*

*2. Recurso especial provido.*

(Acórdão REsp 1.129.990/PR – Relator: Min. Castro Meira - DJe de 14/09/2009)

Assim, concluo que está correta a incidência da taxa SELIC sobre a multa de ofício.

**Da decadência dos lançamentos referentes a fatos geradores ocorridos em 2007:**

Considerando que, já na impugnação, a recorrente não concordava com a imputação de conduta dolosa ao planejamento tributário engendrado, ela alegou que o prazo decadencial deveria ser contado com base na regra contida no § 4º do artigo 150 do CTN. Com isso, haveria que se reconhecer decaído o direito de se promover os lançamentos referentes a fatos geradores ocorridos em 2007 porque a ciência da autuação foi efetivada em 22/11/2013.

Relativamente à primeira glosa de amortizações (do ágio BAYDIAG), a instância *a quo* concordou que não haveria que se imputar a conduta dolosa, mas, ainda assim, manteve a aplicação da regra decadencial com base no artigo 173, I, do CTN, porque considerou que os pagamentos de estimativa realizados pela empresa no ano-calendário de 2007 não eram suficientes para atender ao requisito do "dever de antecipar o pagamento sem exame prévio da autoridade administrativa" contido no artigo 150 do CTN. Assim, entendeu que não houve o pagamento antecipado exigido para manter a regra da decadência no âmbito desse dispositivo.

Com todo o respeito, não comungo da mesma interpretação.

O artigo 150 do CTN assim disciplina a matéria:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (grifei)*

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifei)

Com efeito, entendo que a “atividade” exercida pelo sujeito passivo obrigado a antecipar o pagamento é a característica marcante dessa modalidade de lançamento chamado “por homologação”. Assim, o que se homologa é a atividade concernente à apuração de eventual crédito tributário sujeito à extinção. Independe, portanto, da existência de efetivo pagamento, até porque muita das vezes ele poderá não ser necessário, seja porque não é apurado crédito tributário ou porque existe crédito a favor do sujeito passivo que poderá ser aproveitado numa compensação. Nesse sentido, qualquer que seja o tributo, se ele for sujeito a essa sistemática denominada “lançamento por homologação”, o prazo decadencial de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para a homologação da atividade de apuração do crédito tributário efetivada pelo sujeito passivo, corresponderia ao mesmo prazo que dispõe o Fisco para o lançamento de ofício de eventuais diferenças não pagas e/ou declaradas.

Porém, constatada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a ressalva é expressa. Nessa hipótese, a regra do prazo decadencial para o Fisco efetuar o lançamento de ofício desloca-se para aquela prevista no artigo 173, I, do CTN, qual seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Confirma-se:

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

Para os fatos geradores ocorridos durante um determinado ano-calendário, esse prazo inicial é contado a partir de 1º de janeiro do ano seguinte. Contudo, quanto aos fatos geradores ocorridos em 31 de dezembro, o primeiro dia em que o lançamento pode ser efetuado é justamente o dia 1º de janeiro do ano seguinte. Portanto, nesses casos, o prazo inicial passa a ser contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente.

No entanto, esse meu entendimento não pode prevalecer neste julgamento.

Isso porque o § 2º do artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF) dispõe que as decisões proferidas pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos, devem ser reproduzidos nos julgamentos desta Casa. Veja-se seu teor:

*§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e*

*543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

A questão da decadência foi objeto de decisão do STJ, na referida sistemática, no REsp nº 973.733-SC, com a relatoria do Ministro Luiz Fux. Foi o seguinte a ementa dessa decisão:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

*2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 163/210).*

*3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se*

*inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs.. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).*

(...)

*7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

*(REsp 973733 SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)*

Perceba-se que o julgado deslocou a regra da decadência para o artigo 173, I, também nos casos em que se constata que o pagamento antecipado incorre e inexistente declaração prévia do débito que corresponde ao crédito tributário.

Portanto, o início do prazo decadencial para o Fisco promover o lançamento de ofício, nos casos de tributos sujeitos à sistemática dos denominados "lançamentos por homologação", restou assim configurado:

1. Se ocorrer dolo, fraude ou simulação: primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (artigo 173, I, do CTN)
2. Se não ocorrer dolo, fraude ou simulação:
  - a. Se houver pagamento (ou declaração): data da ocorrência do fato gerador (artigo 150, § 4º, do CTN)
  - b. Se não houver pagamento (ou declaração): primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (artigo 173, I, do CTN)

Independentemente de a maioria desta Turma discordar do entendimento de que o STJ teria incluído a "declaração" como fato suficiente para o enquadramento nas hipóteses "2.a" e "2.b" acima, importa notar que, como se verá, no presente caso, tal discussão é irrelevante.

Destaque-se, por fim, que o conceito de pagamento vem sendo interpretado de maneira bastante ampliada no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Assim, basta que exista um pagamento antecipado parcial do tributo devido, mesmo que pela via da compensação ou que a antecipação tenha se dado na forma de estimativas mensais ou de retenção na fonte, para que se considere aplicável a regra do artigo 150, § 4º, do CTN. Veja-se, nesse sentido, as ementas e trechos dos votos condutores de dois recentes acórdãos:

**Acórdão nº 9101-002.032, de 09 de outubro de 2014**

*IRPJ. PRAZO DECADENCIAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. EXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE RENDIMENTO CONSTITUTIVA DO CRÉDITO. EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO DO IRPJ POR ESTIMATIVA. EXISTÊNCIA DE RETENÇÃO NA FONTE DO IR. REGRA DECADENCIAL DO ARTIGO 150, § 4º DO CTN. APLICAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL 973.733/SC CONFORME DETERMINADO PELO ARTIGO 62-A DO REGIMENTO INTERNO DO CARF.*

*A contagem do prazo decadencial nos casos de lançamento por homologação, quando existe pagamento, bem como declaração prévia do débito, sendo esta capaz de constituir o crédito tributário, deve se dar conforme regra contida no § 4º do artigo 150 do CTN, conforme entendimento pacificado pelo E. Superior Tribunal de Justiça ao julgar o mérito do Recurso Especial nº 973733 / SC, na sistemática dos recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, nos termos do que determina o “caput” do artigo 62-A do Regimento Interno deste E. Conselho Administrativo Fiscal.*

(...)

*É pacífico o entendimento de que o recolhimento mensal por estimativa equipara-se ao pagamento, pois o mesmo tem natureza de antecipação. Ora, o contribuinte recolhe mensalmente valor estimado, o qual será deduzido ao final do ano calendário da apuração efetiva do tributo devido.*

*Consta, também, a informação de houve retenção na fonte do IR (fls. 72). Nesse ponto, insta destacar que o Imposto de Renda Retido na Fonte caracteriza antecipação de pagamento do imposto (que será apurado no ajuste do final do ano calendário), cujo recolhimento é realizado por terceiro, ou seja, é a própria fonte pagadora quem tem o encargo de apurar a incidência, calcular e recolher o imposto em vez do beneficiário.*

**Acórdão nº 9101-002.082, de 20 de janeiro de 2015**

*REGIMENTO INTERNO CARF - DECISÃO DEFINITIVA STF E STJ - ARTIGO 62-A DO ANEXO II DO RICARF*

*Segundo o artigo 62A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C do Código de Processo Civil devem ser reproduzidas no julgamento dos recursos no âmbito deste Conselho.*

**DECADÊNCIA**

*O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia, pacificou o entendimento segundo o qual para os casos em que se constata pagamento parcial do tributo ou declaração constitutiva de crédito tributário, deve-se aplicar o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional; de outra parte, para os casos em que não se verifica o pagamento, deve ser aplicado o artigo 173, inciso I, também do Código Tributário Nacional.*

(...)

*Noutras palavras, de acordo com o teor do julgamento proferido no recurso repetitivo, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, depreende-se que será aplicável a regra do art. 150, § 4, do Código Tributário Nacional para efeito da contagem do **dies a quo** do prazo decadencial sempre que, cumulativamente: (i) tratar-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação; (ii) não houver acusação de dolo, fraude ou simulação (iii) houver declaração prévia do contribuinte e/ou pagamento parcial.*

*Voltando ao presente caso, temos que não houve pagamento do saldo devedor, já que a compensação de prejuízo fiscal não é a compensação, enquanto forma de quitação parcial, mas pertence à própria formação da base de cálculo do tributo devido.*

*De fato, se de compensação de tributo se tratasse, para efeito de extinção do crédito tributário, então se estaria em situação equiparada a de pagamento parcial. Ocorre que a utilização de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa acumulados não se equipara a uma compensação de tributo, porquanto pertence à própria formação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, compondo, antes, a formação do lucro real tributável.*

*Com efeito, a compensação a que se refere o art. 156, II, do Código Tributário Nacional, é, por exemplo, a compensação de saldo negativo de imposto, ou de imposto pago a maior, com tributo a pagar, não se assemelhando à utilização de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa, que simplesmente participam da formação do lucro real tributável.*

*Contudo, verifico nos autos deste processo que, conforme DIPJ às fls. 36/69, houve pagamento antecipado de estimativa no ano-calendário de 1997.*

*Dessa forma, como há nos autos prova de que houve o pagamento parcial, por meio do recolhimento de estimativa de IRPJ, a contagem de prazo decadencial deve ser realizada pelo art. 150, § 4, do Código Tributário Nacional.*

Não se pode repudiar essa interpretação ampliada porque ela acaba aproximando a maioria dos casos do resultado que se obteria caso fosse adotado o entendimento que privilegia a homologação da apuração do crédito tributário. Isso porque qualquer pagamento antecipado referente ao correspondente débito desloca a regra da decadência para o § 4º do artigo 150. Contudo, há que se estar atento a possíveis condutas que

promovam o reiterado pagamento ou declaração de ínfimas quantias com a mera finalidade de garantir sempre aplicável esta última regra. Nessas situações, ficará caracterizada a conduta dolosa que adversamente deslocará a regra para o artigo 173, I.

Voltando ao presente caso, cumpre notar que a DRJ destoou desse entendimento ao considerar que o recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL no mês de janeiro de 2007 não caracterizariam o pagamento antecipado. É somente quanto a esse entendimento que discordo da instância *a quo*. Mas, não, de sua conclusão no sentido de manter os lançamentos referentes a fatos geradores ocorridos em 2007.

Explico.

Quando foi feita a análise dos planejamentos tributários considerados inoponíveis ao Fisco, esclareceu-se que as operações engendradas revelavam vícios de causa. Como antes ressaltado, a simulação pode ser vista num conceito mais restrito, em que os negócios jurídicos estão apenas maculados pelo vício da vontade, ou num conceito mais amplo, no qual adiciona-se o vício da causa. Assim, mesmo que as condutas adotadas não possam ser consideradas dolosas, não deixam de evidenciar uma simulação.

E a sistemática dos prazos decadenciais é clara. Havendo simulação, a regra a ser aplicada é a do artigo 173, I, do CTN.

Portanto, não havia decaído o direito de se promover os lançamentos referentes a fatos geradores ocorridos em 2007.

### **Do recurso de ofício:**

Considerando que foi proposto o cancelamento da qualificação das multas aplicadas sobre as duas glosas de amortizações e da totalidade das multas isoladas sobre estimativas, ficam convalidadas as partes do crédito tributário exoneradas em menor extensão pela instância *a quo*, quais sejam, a qualificação das multas aplicadas sobre a primeira glosa de amortizações (do ágio BAYDIAG) e o afastamento das multa isoladas sobre estimativas referentes aos meses de março e abril de 2007.

Diante do exposto, oriento meu voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário apresentado apenas para cancelar a qualificação das multas proporcionais aplicadas e afastar as multas isoladas sobre estimativas.

*Documento assinado digitalmente.*

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Processo nº 16643.720037/2013-55  
Acórdão n.º **1401-001.571**

**S1-C4T1**  
Fl. 3.146

---

CÓPIA