



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.720867/2021-26
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-006.793 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2024
Recorrente SALOBO METAIS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2016, 2017

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS.

Julgados, administrativos e judiciais, ainda que proferidos por órgãos colegiados, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário.

DOCTRINA. EFEITOS.

Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade, quanto ao arcabouço normativo que lhe seja aplicável.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade o lançamento efetuado por autoridade competente, contra o qual o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, e em que constam os requisitos exigidos nas normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Inocorrente a nulidade da decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

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

Ano-calendário: 2016, 2017

DECADÊNCIA. DEDUÇÃO DE ÁGIO AMORTIZADO.

A formação do ágio não tem como consequência o surgimento de uma obrigação tributária. Já a dedução da despesa que sua amortização representa

acarreta, nas hipóteses legalmente autorizadas, a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ou seja, produz evidentes efeitos fiscais. Assim, somente com a realização de dedução indevida a tal título é que ocorre infração à legislação tributária, sendo cabível a partir de então a lavratura de auto de infração. Por isso, o termo inicial de contagem do prazo decadencial, independentemente da regra que se utilize para tanto, é o momento em que a legislação atribui efeitos tributários à dedução indevida, e não o momento da formação do ágio.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUIO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.

Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.

A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária.

Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

**COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO.
REQUISITOS PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA
TRANSAÇÃO.**

O fundamento econômico da transação que gera o ágio pode ser comprovado mediante meios de prova que verdadeiramente demonstre a efetiva existência de diferença entre a despesa incorrida e o patrimônio líquido registrado contabilmente, inclusive, mediante laudos de avaliação que a revele e comprove.

Não cabe à administração tributária desconsiderar o fundamento econômico com base apenas na tese que inadmite a dedutibilidade da despesa com pagamento de ágio, devendo apontar elementos fáticos que tornem inservíveis ou insuficientes os documentos da contribuinte para justificar a dedução realizada.

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

Ano-calendário: 2016, 2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Genero Serra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Lucas Issa Halah, Gustavo de Oliveira Machado (suplente convocado) e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente). Ausente o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, substituído pelo conselheiro Gustavo de Oliveira Machado.

Relatório

Por bem sintetizar os fatos ocorridos até a data de sua lavratura, adoto o relato contido no acórdão de primeira instância como parte integrante do presente relatório:

Trata o presente processo de créditos constituídos pela fiscalização, mediante a lavratura de autos de infrações, para lançamento de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), nos anos calendários 2016 e 2017, decorrentes de amortização de ágio excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real, além de multa por falta de recolhimento do IRPJ e CSLL sobre base de cálculo estimada. Os valores dos créditos tributários foram lançados conforme descrito abaixo, mais juros e multa de 75% quando aplicável:

IRPJ	R\$ 4.792.209,78
CSLL	R\$ 1.725.195,52
Multa estimativa IRPJ	R\$ 2.211.789,15
Multa estimativa CSLL	R\$ 862.597,13

No Termo de Verificação Fiscal (TVF), de fls. 13.216/13.259, a autoridade fiscal que realizou a fiscalização informou em síntese que:

- A questão do ágio tratada neste auto de infração iniciou-se em 19/06/2002, quando a Vale S/A (VALE) informou ao mercado que havia concluído o contrato de compra e venda da totalidade da participação acionária detida pela Anglo American Brasil Ltda. controlada da Anglo American plc, na Salobo Metais S.A.(SALOBO), representada por 44.172.369 ações ordinárias e correspondente a 50% do capital social da Salobo Metais S.A.

- Esta transação, no valor de R\$ 136.158.830,88, foi realizada por intermédio da empresa Caulim do Brasil Investimentos S/A (CBI), uma subsidiária da Vale S/A, e envolveu um ágio de R\$ 88.471.565,65.

- O ágio de R\$ 88.471.565,65 apurado na aquisição da participação na SALOBO pela CBI deveria ter sido registrado (e amortizado, se fosse o caso) pela empresa que de fato arcou com o preço da aquisição, qual seja, a VALE.

- Em 09/10/2000 foi constituída a CBI com capital social de R\$ 1.000,00 representado por 1.000 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, tendo como fundadores dois funcionários da VALE, Francisco Rohan de Lima e Luciana de Moraes Ferreira, cada um titular de 500 ações.

- Para fins do artigo 146 da Lei 6.404/76, o acionista Francisco Rohan de Lima cedeu uma ação ordinária para Pedro de Abreu Mariani (CPF nº 929.007.207-53) e uma ação ordinária para Kátia Christina Vasconcelos Rabelo de Melo (CPF nº 600.086.017-04).

- Ficou evidenciado que, além dos fundadores da CBI, todas as pessoas físicas citadas pelo TVF na criação da CBI e que ocuparam cargos de Conselheiros e Diretores nesta empresa, eram empregadas da Vale.

- A empresa fundada em outubro de 2000 por duas pessoas físicas, nesse mesmo ano passou a ter como única acionista a VALE.

- Posteriormente, em 2002, além da VALE o quadro de acionistas passou a ter também a Docepar (Atas de 06 de maio e 30 de outubro de 2002 e 30 de abril de 2003). Por fim, de acordo com Ata de Assembleia de 31 de julho de 2003, a única acionista da CBI era a própria SALOBO.

- A fiscalização não tem informações de como se deram essas mudanças no quadro societário da CBI, uma vez que a empresa ora fiscalizada, apesar de intimada, não apresentou vários documentos da empresa incorporada, alegando dificuldades na sua obtenção por conta do tempo transcorrido. Dentre os documentos não apresentados estão os Livros de Registro de Ações Nominativas e de Transferência de Ações Nominativas.

- Em 06/05/2002 foi aprovada a aquisição de 44.172.369 (quarenta e quatro milhões, cento e setenta e dois mil, trezentos e sessenta e nove) ações ordinárias de emissão da Salobo Metais S/A, pelo montante total de US\$ 50,995,816.81 (cinquenta milhões, novecentos e noventa e cinco mil, oitocentos e dezesseis dólares americanos e oitenta e um centavos), mediante a celebração com a Anglo American Ltda. do contrato denominado Stock Purchase Agreement.
- O contrato foi celebrado em 07 de maio de 2002, figurando como intervenientes, a Ambras Hodings Limited, Itabira Rio doce Company Limited, Companhia Vale do Rio Doce e Salobo Metais S/A.
- A data de fechamento do negócio estabelecida no contrato era 03 de junho de 2002. No entanto, de acordo com o “Comunicado enviado ao Mercado”, apresentado pela fiscalizada a efetivação da compra e venda ocorreu no dia 19 de junho de 2002.
- De acordo com o balanço patrimonial anexo à AGOE de 30/04/2003, em 31 de dezembro de 2002, do valor de R\$ 136.158.830,88 referente à aquisição da participação em SALOBO, R\$ 88.474.151,72 referem-se a ágio pago com base em rentabilidade futura.
- Em 31/07/2003, apenas um ano e dois meses após a aquisição societária, a CBI foi incorporada pela sua investida, SALOBO, sendo, conseqüentemente, extinta. Assim, a totalidade do seu patrimônio foi vertido para a incorporadora.
- No momento da incorporação, de acordo com o Protocolo de Incorporação e Justificação para a incorporação da CBI pela SALOBO, a SALOBO era detentora de todas as (1.000) ações ordinárias da CBI, ou seja, a CBI era ao mesmo tempo uma subsidiária integral da SALOBO, e sua acionista, possuindo 44.172.369 ações da SALOBO.
- A CBI ficou sem atividade econômica, desde a sua criação até 2002, conforme se verifica na Declaração Inativa anexa (DOC 12). Antes de ser utilizada para a operação de compra da SALOBO, a CBI chegou a apresentar declaração de inativa que foi posteriormente retificada.
- Apenas em 06/05/2002, data da aprovação da compra das ações da SALOBO, e quase dois anos depois da criação da empresa, foram aprovados os relatórios da Administração e as demonstrações financeiras de 2000 e 2001 da CBI.
- Entre a sua criação em 09/10/2000 e a decisão de utilizá-la para a aquisição da SALOBO em 06/05/2002, as empresas Vale S/A e Docepar S/A passaram a ser acionistas da CBI, porém, após a análise de todos os atos registrados na JUCERJA apresentados, não foi possível encontrar nenhuma anotação sobre essa ocorrência, e a fiscalizada também não apresentou a documentação comprobatória solicitada.
- Não restam dúvidas de que a CBI funcionou apenas como uma empresa veículo, sem funcionamento operacional, sem funcionários e sem movimentação econômica. Sua existência foi efêmera, prestando-se apenas para a compra das ações da Salobo, sendo logo após incorporada.
- A Vale S.A. já detinha 50% da SALOBO; então não teria motivação para adquirir a outra metade da empresa através de uma subsidiária.
- Diante desses fatos, resta evidente que a real investidora era a Vale S/A, pois quem viabilizou a aquisição fornecendo os recursos financeiros e tomou a decisão de pagar o sobrepreço de fato foi ela.
- A dedutibilidade fiscal da amortização do ágio só encontra respaldo no ordenamento jurídico na hipótese em que a detentora desse ativo (investidora que gozará da dedução fiscal) absorve patrimônio da sociedade investida (aquela que vai gerar a rentabilidade esperada), de cujo correspondente custo de aquisição tal ágio seja parte integrante. O ordenamento admite, ainda, a situação inversa. Isto é, que a investida adquirida com ágio usufrua da dedução fiscal caso absorva patrimônio da investidora. Mas nessa situação, igualmente exige que as duas passem a integrar um mesmo patrimônio.

- No caso em análise, está claro que a real investidora é a Vale S.A, que efetuou o aporte de recursos necessários para a aquisição do investimento (participação societária em Salobo) com ágio. O fato de os recursos para a aquisição das ações terem sido transferidos para a CBI, não confere a ela a condição de investidora exigida pela legislação. É incontestável que foi a Vale que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de viabilidade e rentabilidade futura da jazida e desembolsou os recursos para a sua aquisição.

- A incorporação envolveu a empresa veículo CBI e a SALOBO, tendo esta incorporado aquela. Não houve, portanto, confusão patrimonial entre a real investidora e a real investida, o que somente ocorreria no caso de uma incorporação direta ou reversa entre a real investidora VALE e a sua investida SALOBO. Não havendo a confusão patrimonial no evento de incorporação, a qual integra o rol de elementos deflagradores da amortização fiscal do ágio, não é possível a sua exclusão quando da apuração do lucro real ou da base de cálculo da CSLL.

- O contribuinte apresentou comunicado enviado ao mercado pela VALE com informações relativas à aquisição da participação em SALOBO e o laudo de avaliação da jazida do Salobo, elaborado em 05 de novembro de 1996, quando da transferência dos direitos minerários da jazida da VALE para a SALOBO, alegando que, como em 2002, assim como em 1996, a SALOBO estava em situação pré-operacional, as premissas do laudo tinham se mantido completamente válidas.

- O mencionado laudo tinha como objetivo certificar se o valor de R\$ 198.746.666,32 tinha sido adequadamente atribuído pela VALE aos seus direitos minerários da jazida de Salobo que seriam transferidos à SALOBO, passando a incorporar o patrimônio desta, no entanto ele não é um demonstrativo de cálculo do ágio em discussão, como exige a legislação.

- A consequente glosa das despesas com amortização de ágio implica dizer que a fiscalizada deixou de recolher aos cofres públicos valores relativos a antecipações obrigatórias do IRPJ e CSLL, caracterizando o fato gerador para lançamento da multa que trata o artigo 44, Inciso II, da Lei nº 9.430/96.

O contribuinte foi cientificado por meio eletrônico através de seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) em 19/07/2021 (fls 13446/13447) e apresentou impugnação (fls. 13453/13501) em 14/07/2021, conforme "TERMO DE SOLICITAÇÃO DE JUNTADA", fl 13451, alegando em síntese que:

- Transcorreu o período decadencial do direito do fisco de questionar as operações em tela.

- A fiscalização não se desincumbiu do seu ônus processual de motivar (enunciar expressamente a base legal que autoriza a aplicação de penalidade), desta maneira o auto de infração deve ser considerado nulo.

- A possibilidade de amortização fiscal do ágio é medida positivamente induzida pelo ordenamento jurídico-tributário que incentiva o contribuinte a buscar aquisições de participações societárias. Tratando-se comportamento induzido pelo ordenamento, não se pode afirmar que o contribuinte que se vale dessa faculdade incorre põe em prática "planejamento tributário abusivo", como alega a autoridade lançadora.

- A autoridade lançadora não questiona que a CBI efetivamente adquiriu as ações da Impugnante junto à Anglo American. Também não questiona o fato de que a CBI realizou o pagamento – com recursos detidos por ela – para aquisição da participação societária. No mesmo sentido, não há questionamento quanto aos lançamentos contábeis efetuados pela CBI para registro do investimento.

- Há uma tentativa de se subverter a operação com base na alegação de que a CBI não seria a "real adquirente" da participação societária. Com isso, a autoridade fiscal espera evitar a materialização do "antecedente" do art. 7º da Lei 9.532/97, de modo que seu necessário consequente não seja aplicável.

- A operação ocorreu efetivamente entre a CBI e a Impugnante. Foi a CBI quem desembolsou os valores para pagamento à Anglo American em razão da aquisição de metade das ações da Impugnante. E, não sem razão, foi a CBI quem registrou o ágio relativo ao investimento feito na Impugnante.
- O propósito negocial não é requisito de validade dos negócios jurídicos praticados pelos contribuintes.
- Segundo a redação original do §3º, artigo 20, do Decreto-Lei 1.598/77, em vigor à época dos fatos, o registro do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da participação a ser adquirida “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração”. A despeito da importância do documento e de sua imprescindibilidade, o comando legal chega a ser singelo: exige-se simplesmente que o contribuinte faça o lançamento e arquive “demonstração” de seus fundamentos.
- Nesse sentido, verifica-se que a redação original do Decreto-Lei 1.598/77 faz referência unicamente a uma “demonstração”. O termo utilizado pelo legislador é bastante amplo e dá liberdade ao contribuinte de se valer de qualquer meio, método ou documentação hábil para comprovar a motivação da rentabilidade futura da aquisição.
- É impossível exigir multa isolada após o encerramento do ano-calendário e sua cumulação com a multa de ofício.
- É ilegal a incidência de juros Selic sobre a multa de ofício.
- Cita decisões do Carf e da CSRF.

A instância de piso manteve o lançamento, com decisão (fls. 13.719 e ss) ementada conforme o seguinte:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2016 a 31/12/2017

ÁGIO. CRIAÇÃO. AMORTIZAÇÃO. EMPRESA VEÍCULO. REAL ADQUIRENTE.

É indedutível o ágio por rentabilidade futura formado na aquisição de ações por uma empresa veículo que foi constituída apenas com o objetivo de se obter ganhos tributários na amortização do ágio por parte da cedente que incorporou a empresa veículo.

ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. DEMONSTRAÇÃO DO VALOR ECONÔMICO-FINANCEIRO. EFETIVIDADE E CONTEMPORANEIDADE.

É ônus da adquirente e constitui requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio correspondente de forma objetiva e precisa, a demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária em aquisição, a partir das perspectivas de rentabilidade futura da empresa. Não basta estimá-lo de forma subjetiva, é preciso determiná-lo e demonstrá-lo, matematicamente, de forma precisa, e arquivar a respectiva documentação, tudo ao tempo em que é feita a aquisição.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2016 a 31/12/2017

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA. PRAZO DECADENCIAL.

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança, nos termos a Súmula Vinculante do Carf nº116.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAS.

É aplicável a multa de 50%, isoladamente, sobre o valor de estimativa mensal que deixe de ser recolhido, ainda que o lançamento tenha sido feito após o encerramento do período de apuração do tributo.

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.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO

A multa lançada de ofício constitui uma obrigação tributária principal, integrando efetivamente o crédito tributário. Os juros de mora incidem sobre a totalidade do débito quando não há o adimplemento no prazo legal, não há como justificar a não incidência desses juros sobre o valor da multa de ofício.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2016 a 31/12/2016

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente pode ser considerado nulo o Auto de Infração lavrado por autoridade incompetente nos termos do art. 59 do PAF ou quando há inobservância dos pressupostos legais para a constituição do lançamento e para lavratura do auto de infração.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Período de apuração: 01/01/2016 a 31/12/2017

TRIBUTOS REFLEXOS (CSLL)

Aplicam-se, no julgamento dos autos de tributos reflexos, as mesmas razões de decidir utilizadas na fundamentação da decisão acerca da impugnação ao lançamento do IRPJ, nos pontos em que não tenha havido argumentação específica em relação aos tributos reflexos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido (grifos do original)

Cientificada da decisão de primeira instância em 06/12/2021 (fls. 13.742), a recorrente interpôs, no dia 05 do mês seguinte (fls. 13.744), o recurso voluntário de fls. 7.211 e ss, por meio do qual, em síntese, alega:

- que decaiu o direito da Fazenda questionar as operações em tela;
- que é nulo o lançamento, por vício de motivação, já que inexistente fundamento legal para o lançamento;
- que é nula a decisão recorrida, por inovação do critério jurídico do lançamento;
- que são válidas as operações questionadas pelo Fisco, pois, pelas razões aduzidas na peça recursal: (i) a CBI é a real adquirente; (ii) é legítimo o emprego de empresa veículo na aquisição de participação societária; (iii) o propósito negocial não é requisito de validade dos negócios jurídicos em questão; (iv) o laudo de avaliação é prévio à operação e demonstra o fundamento do ágio;

- que (v) é indevido o lançamento de multa isolada em razão de insuficiência de recolhimento de estimativas, ante a impossibilidade de tal exigência: (v.a) após o encerramento do respectivo ano-calendário; (v.b) cumulada com a multa de ofício;
- que (v) é ilegal a incidência de juros sobre a multa de ofício.

Culminou, a peça de defesa, com pedidos de improcedência do lançamento, bem assim com protesto pela eventual juntada posterior de provas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Genero Serra, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade. Logo, dele conheço.

Dos paradigmas jurisprudenciais e doutrinários

Inicialmente, perante a farta jurisprudência colacionada, deve ser esclarecido que decisões judiciais e administrativas não atinentes ao caso concreto, eventualmente apresentadas nos autos como paradigmas jurisprudenciais, embora constituam importante fonte de pesquisa, são, antes, atos jurídicos que produzem efeitos interpartes.

Por conseguinte, jurisprudência - excetuada a de caráter vinculante - e doutrina não vinculam esta instância julgadora, conforme a dicção do artigo 506 do CPC. Destarte, não podem ser amplificados genericamente a outros casos, não tendo eficácia erga omnes e não constituindo legislação tributária, à luz do CTN, artigos 96 e 100.

Sendo assim, este ou aquele posicionamento jurisdicional não pode ser estendido aos demais contribuintes não integrantes do processo judicial ou administrativo apenas por estarem corporificados numa decisão anterior ao caso ora em análise.

De igual modo, cabe esclarecer que mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade. Sendo assim, posicionamentos doutrinários revelam-se úteis ao debate processual, mas não é vinculante para a autoridade julgadora.

Consoante o que dispõe a CF (art. 103-A) e o RICARF, as Turmas de julgamento do CARF vinculam-se ao seguinte: (i) leis, decretos, tratados e acordos internacionais, exceto quando alcançados pelas hipóteses regimentalmente elencadas; (ii) decisões judiciais definitivas de mérito, proferidas em sede de recursos extraordinários e especiais repetitivos; (iii) resoluções do colegiado pleno da CSRF; (iv) súmulas do CARF; (v) súmulas vinculantes do STF.

Da nulidade do lançamento. Inocorrência

Como visto, a recorrente argui a nulidade do lançamento, insurgindo-se contra o que considerou ter sido, ausência de motivação, por carência de “fundamento legal”. Assim se pronunciou a defesa:

41. A análise do presente auto de infração revela que a Fiscalização não logrou êxito em apontar qualquer infração a lei cometida pela Recorrente ou seu grupo econômico. Com efeito, verifica-se que a autoridade fiscal se escora unicamente na suposta inexistência de confusão patrimonial entre a “real adquirente” e a Recorrente, conceitos estranhos à legislação tributária, embora comumente utilizado pelas autoridades fiscais para questionar negócios jurídicos válidos conduzidos pelos contribuintes.

42. Esses “fundamentos” mascaram o que, na verdade, é um claro inconformismo das autoridades fiscais em relação ao instituto da amortização fiscal do ágio. A análise das inúmeras discussões sobre o tema nas cortes administrativas (e a análise da presente autuação) revela serem constantes as tentativas do Fisco de obstar o direito à amortização do ágio por meio da alegação de institutos sem qualquer suporte no ordenamento jurídico: **o Fisco não aceita a possibilidade de amortização fiscal do ágio e, frente à ausência de suporte legal que permita o questionamento desse direito dos contribuintes que atendem aos requisitos legais, se vale de institutos sem qualquer base em nosso ordenamento e não positivados sequer em instruções normativas da Receita Federal.** (grifos do original)

Não obstante, nem mesmo é preciso ir à peça acusatória para identificar a(o) motivação / fundamento jurídico reclamado. É que a própria defesa o faz na passagem acima, precisamente quando alude que “*verifica-se que a autoridade fiscal se escora unicamente na suposta inexistência de confusão patrimonial entre a ‘real adquirente’ e a Recorrente, conceitos estranhos à legislação tributária*” (grifei).

Ora, ou bem se diz que a Fazenda não motivou o ato administrativo, ou bem se diz que o ato se escorou em motivação não albergada pelo ordenamento jurídico. Se é a própria recorrente que identifica um fundamento jurídico para o lançamento, não pode, simultaneamente alardear inexistência de fundamento.

Ademais, a divergência entre as partes a cerca da motivação acusatória não é questão apta a contaminar o lançamento com nulidade. Trata-se de aspecto material conformador da exigência fiscal e que, por tal natureza, desafia o mérito do objeto discutido no presente processo. Até porque, por óbvio, o sujeito passivo não haveria de impugnar um lançamento relativamente ao qual se conformasse com o fundamento que lhe sustenta.

Em adição, observa-se que os autos de infração impugnados foram lavrados por autoridade administrativa plenamente vinculada, respeitando os devidos procedimentos fiscais previstos na legislação, e com a correta identificação do sujeito passivo da obrigação tributária. A autuação resultou de procedimento fiscal conduzido por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, regularmente identificado em todos esses atos.

Efetivamente, verifica-se que as peças de acusação contêm a descrição dos fatos e a determinação da exigência, instruídos com a documentação que a autoridade autuante entendeu ser elemento de prova suficiente à comprovação do ilícito.

Igualmente presente está o enquadramento legal que o auditor entendeu afeto ao caso, razão pela qual não há que se cogitar que o lançamento padeça de vício quanto a tal aspecto. Verifica-se, ainda, que a argumentação desenvolvida pela interessada na peça recursal permite concluir que o motivo da autuação e a metodologia de apuração dos valores tributáveis foram por ela suficientemente compreendidos, tanto que contestados, tendo ela enfrentado as questões de fato e de direito envolvidas na lide na extensão que desejou fazê-lo, o que mostra ter tido pleno e perfeito conhecimento das infrações a ela imputadas.

Logo, tampouco haveria que se falar em cerceamento do direito de defesa, pois o contraditório foi regularmente instaurado, tendo em vista que a autuada se defendeu amplamente

em seu arrazoado, fazendo constar as razões retóricas que entendeu ampará-la, demonstrando exata compreensão do feito.

Destarte, descabe a alegação de nulidade quando não existem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observou os devidos procedimentos fiscais previstos na legislação tributária, como na presente autuação.

Assim, incorrentes, no caso em tela, as hipóteses elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 (*“Art. 59. São nulos: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. (...)”*).

E por restar patente a observância do princípio da legalidade no lançamento recorrido, prolatado com respeito ao ordenamento afeto ao tema, inclusive o artigo 142 do CTN, julgo improcedente o pedido de decretação de nulidade do feito fiscal.

Da nulidade da decisão recorrida. Inocorrência

Com relação à arguição de nulidade da decisão de primeira instância, a recorrente confronta a acusação fiscal com a decisão recorrida. Assinala, assim, que *“O TVF não aceitou o Laudo de Avaliação como demonstrativo da expectativa de rentabilidade futura para atendimento do art. 20, §3º, do Decreto-Lei 1.598/77 por duas razões: (i) o Laudo de Avaliação não teria sido preparado especificamente para suportar o ágio da transação e (ii) ele não seria contemporâneo à transação”*.

De tal modo, conclui que *“o TVF não questionou a adequação do Laudo de Avaliação em vista de ter tido como objeto a Jazida do Salobo. Por outro lado, a decisão recorrida se fiou quase exclusivamente a esse argumento para rejeitar o Laudo de Avaliação como demonstrativo do valor do ágio”*, razão pela qual teria havido *“evidente cerceamento de defesa”*.

A partir de tal suposta modificação de critério jurídico para a constatação da infração tributária, a recorrente apontou inovação indevida por parte da autoridade julgadora, aduzindo que a consequência processual necessária para o caso seria a nulidade da decisão proferida.

Sem razão a recorrente. O cerne da acusação fiscal foi a suposta artificial dedutibilidade de ágio, viabilizada a partir da utilização de empresa veículo que, ao fim da operação, pudesse ser incorporada.

Nesse contexto, não destoam as afirmações do autuante e da autoridade julgadora de primeira instância quando, respectivamente, afirmam que *“o laudo apresentado aponta para um valor incorporado ao patrimônio da SALOBO superior ao da transação efetuada. Tal documento até poderia servir como ponto de partida para o cálculo do valor que foi transacionado, mas ele não é um demonstrativo de cálculo do ágio”* e que *“o extrato do laudo de avaliação acima copiado, em nada se fala sobre o valor da interessada, apenas estima o preço do direito à exploração da jazida Salobo que seria transferido para sua propriedade. Embora se possa dizer que este é um dos componentes para estipulação do valor de rentabilidade da interessada, como dito inclusive no TVF, não se pode de maneira alguma se confundir com o seu próprio valor e, como consequência, o valor do ágio”*.

Naturalmente, se há um laudo de avaliação, o valor da transação deve ser determinado de modo inequívoco. Mas a referência uníssona aos supostos equívocos, pelo autuante e pelo julgador, ao longo dos autos é questão de somenos importância, mormente

quando a decisão que se pretende ver anulada demonstrou plena compreensão dos fatos afetos à lide e prolatou veredito com eles congruente, ainda que, obviamente, quanto ao mérito possa ser enfrentada.

A toda evidência, a autoridade fiscal e o colegiado julgador da instância inaugural convergiram em suas conclusões. Para ambos, a conduta do sujeito passivo se amoldou à infração quando uma sociedade que entenderam ter se prestado ao papel de empresa veículo operou, em favor de sucedida da recorrente, para gerar uma dedução indevida ao lucro real e à base de cálculo da CSLL.

Como se vê, não houve qualquer inovação, quantos aos motivos fundantes do lançamento, pela autoridade julgadora.

Verifica-se, ainda, que a argumentação desenvolvida pela recorrente permite concluir que os fundamentos da decisão recorrida foram por ela plenamente compreendidos, tanto que contestados, com proficiente enfrentamento das questões de fato e de direito envolvidas na lide, o que mostra pleno e perfeito conhecimento das razões de decidir.

Destarte, descabe a alegação de nulidade da decisão de primeira instância, uma vez que observados os regulares ditames do devido processo legal.

Assim, inócuentes, no caso em tela, as hipóteses elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 (*“Art. 59. São nulos: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. (...)”*), julgo improcedente o pedido de decretação de nulidade da decisão da DRJ.

Da decadência do lançamento. Inocorrência

A recorrente defende a ocorrência de decadência em relação a todo o lançamento efetuado, por entender que o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o fato contábil-societário que deu origem ao ágio – sua formação – e não a dedução de sua amortização.

Não merece prosperar o alegado, pelas razões que se passa a expor.

Inicialmente é devido esclarecer que o efeito tributário decorrente do ágio somente ocorre quando do seu emprego como despesa dedutível, realizado nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. A formação do ágio não tem como consequência o surgimento de uma obrigação tributária. Já a sua dedução, nas hipóteses autorizadas em lei, enseja redução do IRPJ e da CSLL devidos, operando assim efeitos fiscais.

Somente com a dedução da despesa de amortização do ágio em desconformidade com a legislação tributária, que acarreta a redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, é que resta configurada a infração à legislação tributária. É a partir de tal ponto que se surge o direito de a Fazenda efetuar o lançamento de ofício, contra o qual flui o prazo decadencial.

Dito de outra forma, se a interessada não tivesse, no entender da autoridade fiscal, reduzido indevidamente as bases de cálculo com o montante relativo ao ágio amortizado, não haveria qualquer infração à legislação tributária. Por conseguinte, não haveria lançamento de ofício, independentemente das operações realizadas durante a reorganização societária e da geração do ágio.

Em virtude do exposto, não se pode considerar a data da formação do ágio como referência para fins de contagem do prazo decadencial. O termo inicial da contagem de tal

intervalo de tempo, seja pelo regramento do artigo 150, §4º, seja pelo do artigo 173, inciso I, ambos do CTN, deve levar em consideração o momento em que a legislação atribui efeitos tributários à dedução, em tese, indevida, e não o momento da formação do ágio. Nesse sentido, está a súmula CARF nº 116:

“Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.” (grifei)

O objeto da glosa foi a dedução de despesas com amortização do ágio realizadas em 2016 e 2017. Como a interessada adotou como forma de tributação o lucro real anual, metodologia em que o fato gerador do IRPJ e da CSLL é considerado ocorrido em 31 de dezembro do ano de referência – nos termos dos artigos 2º, §3º, e 28 da Lei nº 9.430/96 –, há que se considerar que os fatos geradores dos referidos tributos ocorreram em 31/12/2016 e 31/12/2017, respectivamente.

Logo, ainda que se considere, em tese, o regramento de contagem do prazo decadencial mais benéfico à interessada – aquele disposto no artigo 150, §4º, do CTN, que fixa como termo inicial a data de ocorrência do fato gerador –, como a ciência do lançamento ao contribuinte se deu em 19/07/2021 (fls. 13.446), antes dos termos finais do prazo decadencial, ocorridos em 31/12/2021 e 31/12/2022, não há que se falar em decadência dos lançamentos de IRPJ e de CSLL.

Do mérito

O ágio surge na aquisição de investimento empresarial baseado na expectativa de rentabilidade, correspondendo à diferença a maior entre o preço de aquisição e o valor do patrimônio líquido contábil da participação societária adquirida.

Não por acaso, assinala Sérgio de Iudícibus (*in*: Manual de Contabilidade. S. Paulo: Ed. Atlas, 2003, p.180): “o conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial”. Prosseguindo, o autor alerta que “a CVM determina que o ágio ou o deságio apurado na aquisição ou subscrição de investimentos seja contabilizado com indicação do fundamento econômico (Instrução nº 247/96, art. 14)”.

Do conceito acima descrito, destaca-se que os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e a existência de fundamento econômico.

Na legislação tributária, o ágio em investimentos está disposto no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Em síntese, o comando legal determina que o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada deverá, por ocasião da aquisição, desdobrar o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e ágio ou deságio na aquisição do investimento. Por seu turno, o lançamento do ágio ou deságio deve indicar o fundamento econômico.

O ágio decorrente de negociações societárias deve obedecer a determinadas diretrizes estabelecidas pela Lei nº 9.532/97. O referido regramento legal surgiu justamente com o objetivo de estabelecer condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio, e também de forma a coibir alguns abusos, os quais eram cometidos sob a denominação de planejamento tributário. O legislador definiu os contornos das situações em que os encargos dessa amortização podem ser deduzidos para a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL

como consta do parágrafo 11 da Exposição de Motivos n.º 644/MF, relacionada à Medida Provisória n.º 1.602, que por sua vez foi convertida (com alterações) na Lei n.º 9.532/97:

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

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

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

A Lei n.º 9.532/97 passou a estabelecer as condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio pago, cujo descumprimento implica a impossibilidade de o sujeito passivo deduzidos na apuração de seu lucro real e da base de cálculo da CSLL. Os artigos 7º e 8º disciplinam tal tratamento tributário:

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 n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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 n.º 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 n.º 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 n.º 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;

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 n.º 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.** (grifei)

Até o advento dessas normas carreadas na Lei nº 9.532/97, as amortizações contabilmente efetuadas relativamente ao ágio deveriam ser adicionadas ao lucro líquido para a apuração do lucro real, conforme determinava o artigo 25 do já aludido Decreto-lei nº 1.598/77. Somente no momento da alienação ou da baixa da participação societária adquirida é que, com o reconhecimento do ágio como custo do investimento para apuração de ganho ou perda de capital, tal parcela operava efeitos tributários.

Até então, o aproveitamento tributário do ágio na incorporação da sociedade adquirida como investimento era, por construção jurídica, vista como alienação ao próprio investidor. Evidentemente que tal mecanismo, sem fundamento legal que lhe balizasse, dava azo aos abusos comentados na exposição de motivos acima reproduzida. Do mesmo modo, a insegurança jurídica do tema era um fator desmotivador para investimentos privados no contexto do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031/90.

Dentre os objetivos fundamentais do PND estavam a alienação de empresas estatais (Lei nº 8.031/90, "*Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;*") pelo máximo valor possível e, com isso, aumentar o estoque de capital ("*II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;*"), sobretudo considerando que a receita pública originária – decorrente da alienação de patrimônio - é imune à tributação da renda (CF, "*Art. 150. (...), é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*").

Nesse contexto é que se fez necessária a edição da Lei nº 9.532/97. Seu artigo 7º, já reproduzido acima, positivou a incorporação como realização do investimento (aquisição da participação societária anterior), concedendo, mais que segurança jurídica, verdadeiro incentivo tributário às sociedades privadas dispostas a adquirir (e incorporar) estatais por preço que abarcasse a expectativa de rentabilidade futura (goodwill).

Não obstante, era sabido que as sociedades mais propensas a aportar capital nas privatizações de empresas estatais, seriam holdings puras – sociedades cujo objeto principal não é a realização de atividade empresária, mas o investimento em sociedades economicamente operantes. Exatamente por tal traço característico, tais sociedades adquirentes não se beneficiariam da amortização do ágio, afinal seus resultados contábeis advêm, pelo método da equivalência patrimonial, do resultado das sociedades investidas.

Assim, exceto se a adquirente fosse uma holding mista – aquela que detém participação societária noutras empresas, mas também realiza atividade econômica –, não haveria base de cálculo (lucro real ou base de CSLL) da qual se pudesse deduzir a amortização do ágio como despesa. Daí foi preciso permitir tal dedução por parte da empresa adquirida, como forma de o favor fiscal chegar (pela via da equivalência patrimonial) à sociedade investidora. Isso se fez com a edição do artigo 8º, transcrito acima.

Com isso, se por um lado a solução legislativa em comento fomentou as privatizações que lhe foram contemporâneas, conferiu apenas relativa segurança jurídica à dedução do ágio amortizado. Isso porque o expresse permissivo do artigo 7º para os casos de incorporação, quando estendido para a situação do artigo 8º - que se convencionou chamar de “*incorporação reversa*” ou “*incorporação às avessas*” – pavimentou o caminho para a via do abuso de direito.

Explica-se: para que houvesse o aproveitamento indevido do ágio bastaria que, cumprindo todas as formalidades necessárias, (i) uma empresa lucrativa e com valor de patrimônio líquido defasado (PJ “A”) fosse adquirida por seu valor de mercado (portanto, com ágio) por uma empresa veículo (PJ “B”), subsidiária integral de uma holding (PJ “C”). Posteriormente, (ii) “A” incorpora “B” e (iii) as cotas ou ações de “A” são utilizadas (pelo valor de mercado) para a integralização de capital em “B”.

Com isso, “A” fica formalmente autorizada a deduzir o ágio de si mesmo. Não bastasse, por força do artigo 36 da Lei nº 10.637/02 - até o advento da Lei nº 11.196/05, que revogou tal dispositivo - “C” (que passou de uma participação de valor “X” em “B” para um valor “X+ágio” em “A”) poderia diferir a tributação com o ganho de capital auferido na operação.

E assim chegamos ao ponto em que a utilização tributária de ágio obtido em operações societárias precisou ser foco de constante atenção do Fisco, mormente em casos como o presente, em que há investidores alheios aos propósitos societários fornecendo recursos para que a adquirente incorpore a sociedade investida.

Os artigos 385 e 386 do Decreto nº 3.000/99, Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) em voga na ocasião, consolidando os dispositivos legais citados anteriormente, fixaram o tratamento tributário do ágio ou do deságio nos casos de incorporação, fusão ou cisão:

Desdobramento do Custo de Aquisição

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Assim, restam legalmente demonstrados os requisitos para a dedutibilidade do ágio amortizado referido como doutrinariamente apontados, na abertura deste capítulo: (i) a efetiva aquisição de participação societária, com posterior incorporação/fusão/cisão; e (ii) a existência de fundamento econômico.

Expostos os requisitos à dedutibilidade do ágio, é preciso contextualizar a lide.

Consoante o exposto no relatório, a Vale S.A (VALE), por intermédio de uma subsidiária sua, denominada Caulim do Brasil Investimentos S.A (CBI), adquiriu a totalidade da participação acionária detida pela Anglo American Brasil Ltda (ANGLO) na Salobo Metais S.A (SALOBO). Posteriormente, a SALOBO incorporou a CBI.

O valor total da transação foi R\$ 136.158.830,88, montante que conteve um ágio de R\$ 88.471.565,65.

Por ter incorporado sua adquirente, a SALOBO entendeu estar habilitada a deduzir o ágio, pago quando de sua aquisição, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, apurados nos anos-calendário 2016 e 2017.

Pois bem.

A fiscalização asseverou que *“ficou evidenciado que, além dos [sócios] fundadores da CBI, todas as pessoas físicas citadas acima, que ocuparam cargos de Conselheiros e Diretores na empresa, eram empregadas da Vale”*, e que, logo após a adquirir a SALOBO, a CBI *“passou a ter como única acionista a VALE”*.

De outro lado, a recorrente aduz que a CBI foi a real adquirente da SALOBO, protestando contra a tese que exige confusão patrimonial entre adquirente e adquirida, para que seja possível a dedutibilidade do ágio. Prossegue afirmando que *“A única exceção à aplicação do conseqüente da norma é a constatação da fraude, dolo ou da simulação”*, mas que *“No presente caso, não há qualquer questionamento quanto à validade formal ou substancial das operações praticadas. Há, isso sim, uma ilegal desconsideração da existência da CBI”*.

Como se vê, a recorrente sustenta que a CBI teria sido a real adquirente e que a autoridade fiscal não teria logrado desconstituir tal fato, posto que não teria sido questionada a validade formal dos atos perpetrados, tampouco teria sido imputada conduta dolosa contra si. E a suposta omissão do autuante teria lhe conduzido a perpetrar ilegal desconsideração da CBI.

Sobre tal prisma, é preciso ter em conta que, consoante o que dispõe o artigo 112 do Código Civil, relativamente aos atos praticados, prevalece, sobre a forma em que revestido, a intenção nele consubstanciada. De tal modo, se a fala acusatória não questionou as formalidades que revestiram a constituição da CBI e nem os atos por ela praticados, isso não significa aquiescência com os fins pretendidos.

Quanto a não qualificação dolosa da conduta do contribuinte pela autoridade fiscal, é suficiente recordar que nem toda infração tributária revelada pela identificação da real intenção do agente se perfaz pelo ânimo no cometimento de fraude, simulação ou qualquer prática que, juridicamente, se amolde ao conceito de ato doloso. Sob tal contexto, é possível a constatação de mero abuso de direito, conclusão esta que exala da acusação refutada nestes autos (*“da análise dos documentos apresentados constatou-se a ocorrência de planejamento tributário abusivo consistente na utilização de ‘empresa veículo’ para aproveitamento do ágio pago”*).

Mas, ainda que assim não fosse – e houvesse as lacunas acusatórias apontadas pela defesa –, as pretensas atecnias fiscais não teriam conduzido o autuante a desconsiderar a personalidade jurídica (*“existência”*) da CBI. Muito pelo contrário! A imputação é de ter existido uma empresa veículo que, sem qualquer outro propósito comercial ou traços de comprometimento com a função social da atividade empresária, serviu unicamente para ocultar o real adquirente da participação societária com o ágio posteriormente amortizado.

A recorrente prossegue afirmando ser legítimo o emprego de empresa veículo com a finalidade de obtenção de vantagem fiscal, aduzindo que *“a suposta interposição de empresa-veículo não traz qualquer vantagem sob a ótica fiscal. Tivesse a operação sido realizada como entendeu a fiscalização que deveria ter sido o caso (aquisição da Recorrente pela Vale), o mesmo direito à amortização fiscal do ágio, no mesmo valor, teria surgido”*.

Também neste ponto, a respeitável fala da recorrente não se sustenta. Não é crível que se cogite que uma sociedade do porte da VALE pudesse ser incorporada por outra do porte

da SALOBO. E é justamente essa impossibilidade que tornou necessário o emprego da CBI na operação alvejada pelo Fisco.

A CBI: (i) possuía capital social de R\$ 1.000,00; (ii) foi constituída por dois funcionários da VALE; (iii) teve sede no mesmo endereço da VALE; (iv) teve como conselheiros e diretores (todos) funcionários da VALE; (v) teve os recursos necessários à aquisição da SALOBO supridos pela VALE (na ocasião, já sua controladora), através de AFAC; (vi) não realizou qualquer atividade econômica (nem mesmo participação em outras sociedades), além da referida aquisição; e, por fim, (vii) foi incorporada pela SALOBO.

De tal modo, acertados os lúcidos dizeres da fiscalização:

Diante disso, a resposta para as questões: Quem viabilizou a aquisição da Salobo? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Sem sombra de dúvida, a resposta para todas estas perguntas é: a **Vale S/A**.

(...)

No caso em análise, está claro que a real investidora é a Vale S.A, que efetuou o aporte de recursos necessários para a aquisição do investimento (participação societária em Salobo) com ágio. O fato de os recursos para a aquisição das ações terem sido transferidos para a CBI, não confere a ela a condição de investidora exigida pela legislação. É incontestável que foi a Vale que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de viabilidade e rentabilidade futura da jazida e desembolsou os recursos para a sua aquisição. (grifo do original)

Trata-se de inequívoco uso de uma empresa – CBI – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito negocial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem. Uma sociedade de capital social módico foi capitalizada em mais de uma centena de milhões de Reais, apenas para adquirir ações e, após, ser incorporada pela companhia adquirida. E tudo isso com as devidas cautelas para que, em nenhum momento, o investimento deixasse de ser dos efetivos titulares dos valores empregados.

Num quadro como esse, as regras específicas que autorizam a dedução do ágio, apostas nos artigos 385 e 386 do RIR/99 transcritas acima, não se mostram atendidas.

Nesse ponto, resta fora de dúvida a caracterização da CBI como “*empresa veículo*”. João Dácio Rollm e Frederico de Almeida Fonseca (em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 158), lecionam o seguinte:

Em breve síntese, **o uso de empresas-veículo permite à sociedade investidora, que originalmente detinha o ágio em seu balanço, transfira o investimento para uma outra empresa do grupo, permitindo a dedução do ágio nesta outra empresa.** (grifei)

Nestes termos, “*empresa veículo*” é uma pessoa jurídica utilizada para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro. Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso pertencente ao real adquirente. Não integra esse conceito, necessariamente, ser a empresa efêmera, sem capacidade operacional ou deficitária. Basta que se preste ao papel descrito acima.

Toda sociedade empresária há de ter propósito negocial, seja na produção de bens econômicos, na detenção de participação societária, na circulação de bens ou na prestação de serviços. E tal propósito visará, invariavelmente, a geração de renda e/ou o acúmulo de patrimônio.

Sob tal quadro, aludir ao propósito negocial, como o fez a defesa, como um não requisito de validade para negócios jurídicos em geral – e para a dedutibilidade do ágio, em específico – é desnaturar a razão de ser de qualquer sociedade.

Pelos caracteres do caso, já elencados acima, a CBI agiu sem qualquer propósito negocial. Tal fato, põe em questão as operações societárias que culminaram com o ágio objeto do p.p. porque, antes, põe em questão o atuar da sociedade, que teria levado a efeito atos formalmente válidos, porém despidos de qualquer finalidade empresária.

Sob tal contexto, afastar o necessário reconhecimento de propósito negocial no atuar empresarial de uma sociedade, apenas com amparo na regularidade formal de atos que buscaram vantagem tributária, seria fomentar uma contradição axiológica na ordem jurídica em vigor.

A utilização de um instituto jurídico, qualquer que seja ele – sociedade empresarial, inclusive –, deve, no mínimo, ser real, verdadeira. Criar uma empresa sem que disso resulte a produção de uma atividade econômica organizada não é, de fato, criar uma empresa, mas apenas um CNPJ, um registro no papel.

Em princípio, isso não é vedado no ordenamento jurídico brasileiro (tanto é que o registro de tais pessoas jurídicas é realizado pelos órgãos competentes sem maiores questionamentos), mas isso também não implica uma autorização incondicionada e irrestrita para a produção de quaisquer efeitos jurídicos.

Se a utilização de tal pessoa jurídica resultar não em uma atividade empresarial, mas apenas em uma via para desvios de conduta, os efeitos nocivos que tais desvios produzam no ordenamento jurídico podem sim ser reparados, inclusive para fins fiscais, nos termos do artigo 149, VII, do CTN.

Quanto à existência de um laudo de avaliação prévio, a fiscalização bem apontou que o documento entregue no curso do procedimento fiscal foi *“elaborado em 05 de novembro de 1996, quando da transferência dos direitos minerários da jazida da VALE para a SALOBO”*, bem assim *“tinha como objetivo certificar se o valor de R\$ 198.746.666,32 tinha sido adequadamente atribuído pela VALE aos seus direitos minerários da jazida de Salobo que seriam transferidos à SALOBO, passando a incorporar o patrimônio desta, não tendo nada a ver com a transação que se daria 6 anos depois”*.

De outro bordo, a recorrente assinala que a norma de regência da matéria *“faz referência unicamente a uma “demonstração”. O termo utilizado pelo legislador é bastante amplo e dá liberdade ao contribuinte de se valer de qualquer meio, método ou documentação hábil para comprovar a motivação da rentabilidade futura da aquisição”*. E conclui que *“qualquer documento utilizado pela sociedade que irá registrar o ágio como fundamento para seu pagamento deve ser aceito pela fiscalização: basta que este documento seja hígido (i.e. não seja fraudulento) e que demonstre que havia expectativa de rentabilidade futura que justifique o valor do ágio pago”*.

A recorrente tem razão em parte quando alude à generalidade da norma quanto ao laudo, relativamente à redação vigente, à época dos fatos, do artigo 20, § 3º, do DL 1.598/77. É que o dispositivo não exigia um documento específico ou mesmo com qualquer fronteira de contemporaneidade aos fatos, como passou a ser após a Lei nº 12.973/14.

Mas aquela redação já exigia que o lançamento do ágio (§ 2º) deveria ser baseado em uma demonstração a ser arquivada, pelo contribuinte, como comprovante do valor

escriturado. Ora, no caso em tela, o que se tem é um laudo que avalia direitos minerários em R\$ 198.746.666,32. E isso é algo bem diferente de mensurar a aquisição societária no montante de R\$ 136.158.830,88, de onde se destacaria um ágio de R\$ 88.471.565,65.

Assim, fosse esse um julgamento monocrático, essa seria a sorte do presente caso.

Tampouco assim não fora, este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratagem dolosa.

De tal modo, em face do princípio da colegialidade insto-me a não carrear voz discordante, curvando-me ao judicioso entendimento da maioria da Turma, bem ilustrado na figura dos seguintes julgados:

Acórdão CSRF n.º 9101-006.486, de 07/03/2023:

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7o e 8o da Lei n.º 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING.

LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso. (grifei)

STJ, Recurso Especial n.º 2.026.473-SC, de 05/09/2023:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. 'NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

[...]

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7o e 8o da Lei n. 9.532/1997. sob o argumento de não ser possível a dedução do

ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo. fraude ou simulação" (art. 149. VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116. parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF. ADI 2446. rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo", ou seja. não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso. demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

[...] (grifei)

Afastando a tese do "*real adquirente*", esta Turma vem entendendo que, ausentes caracteres de conduta dolosa – tal qual no caso presente, uma vez que nem sequer houve qualificação da multa de ofício – o "*dever fundamental de pagar tributos*" não deve ser tomado

pelo valor máximo da exação, desde que, naturalmente, não incida determinação legal que conduza a tal quadro.

De fato, entender pela assunção espontânea, pelo sujeito passivo, de maior ônus tributário, é patriótica que não se deve esperar de contribuinte algum.

Sob tal prisma, é possível concluir que, no caso concreto em análise, as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial lícito de economia de tributos, não produzindo, por conseguinte, uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que o racional acusatório laborado pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

Nesse contexto, é útil referir ao racional desenvolvido no voto condutor do recentíssimo acórdão nº 1201-006.316, que, pelo elevado grau de aderência das razões lá esposadas ao caso ora em análise, faço integrar ao presente voto os seguintes trechos:

53. Como visto, a administração considerou desnecessária a existência da sociedade intermediária (...) para realizar a transação, sob o entendimento de que a mesma não é a real adquirente e não mantinha confusão patrimonial com a titular do negócio adquirido (...).

54. Entendo que não havia qualquer impedimento à realização do negócio em questão, pois a legislação autorizava o aproveitamento do ágio quando a pessoa jurídica intermediária absorvesse patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detivesse participação societária adquirida com expectativa de rentabilidade futura.

(...)

56. O argumento trazido pela administração tributária para impedir a realização do negócio não encontra fundamento no Ordenamento Jurídico nacional, ao contrário, os dispositivos legais não continham nenhum dispositivo que convergisse para a “tese do real adquirente” trazida no TVF, por pretensa artificialidade do negócio.

57. Diante desse cenário, penso ser importante complementar tais fundamentos, trazendo razões adicionais para esclarecer o posicionamento manifestado em outros julgamentos sobre o mesmo tema, a fim de motivar meu posicionamento.

58. Importa registrar que a matéria trata de ágio decorrente de operação entre partes independentes e não trata sobre o chamado “ágio interno”, onde o benefício tributário decorreria (no ágio interno) de operações societárias entre partes dependentes, com a contumaz pecha de artificialidade e os consectários legais decorrentes de alegadas simulações.

59. É importante fazer esse *distinguishing* para evitar controvérsias específicas relacionadas àqueles casos, que não contaminam a presente análise, uma vez que os autos de infração em apreço tratam de glosa da amortização de ágio decorrente de incorporação reversa havida entre partes independentes, mediante a interposição de empresa veículo.

(...)

63. O direito brasileiro admite a participação de companhias no quadro social de outras criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros, como se vê do caso em análise, onde não houve qualquer tipo de operação fraudulenta. O ágio decorrente dessas transações regulares em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas.

(...)

68. Anote-se que a opção legislativa para a utilização desse modelo de negócios sempre foi reconhecido pelo ordenamento brasileiro, inexistindo razões para demonizar sua utilização. É dizer: a opção pela realização de investimentos societários mediante a

interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

69. Entendo que não há elementos para vedar a amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação consubstanciária revogação tácita da Lei 9.532/97. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado.

70. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, não havendo nos autos elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado lácteo brasileiro mediante investimentos em terceiros.

71. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto *“Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias”*.

72. Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses,

quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".

73. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

(...)

77. Ressalte-se, ainda, que **as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias (...) que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais .**

78. É bem verdade que **tal teoria, utilizada inadequadamente, pode levar o intérprete apressado a pressupor que, sendo fundamental o dever do contribuinte de pagar tributo, deve o mesmo organizar seus negócios de forma a sujeitar-se à opção tributária mais onerosa. Ora, se pagar é um dever, tudo aquilo que fosse contrário ao pagamento seria ilegal (reitere-se que é um argumento hipotético e equivocado).**

79. Trata-se de equívoco interpretativo, até porque não é isso que a teoria prega. *Não se pode conceber um livro pela capa ou uma teoria pelo título!*

80. No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres , Marcus Abraham , Marco Aurélio Greco , Marciano Seabra de Godoi , Sérgio André Rocha , Carlos Alexandre de Azevedo Campos , Klaus Tipke , Douglas Yamashita , dentre outros. Citam o dever de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

81. Mas a doutrina nunca pretendeu justificar – e isso fica evidente em todas as obras citadas – pela opção da ilegalidade, do excesso, da desproporção ou da injustiça na cobrança de tributos, assim como não serve de parâmetro nem justifica qualquer tentativa de maximização de arrecadação, nem impõe ao contribuinte o exercício de escolha à tributação mais onerosa.

82. Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos não afastam, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar . O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para advertir que as limitações constitucionais e legais protetivas do contribuinte não são afetadas pelo reconhecimento desse dever coletivo.

83. É dizer: **Não há dever fundamental de pagar ilegalmente tributo, tanto quanto inexistente dever fundamental do contribuinte de sujeitar-se a excessos ou a qualquer exigência que não esteja objetivamente parametrizada pela licitude.**

84. Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar (*legalmente*) tributos .

85. Essa proposta autoriza admitir que todos estão conectados às demandas sociais exigidas pela solidariedade comunitária ínsita ao Estado Fiscal, exigindo de pessoas físicas e jurídicas o cumprimento do dever colaborativo tributário, porém, reforça que o

dever fundamental de pagar tributo nunca nascerá da ilegalidade, em quaisquer de suas modalidades.

86. Dito de outro modo, **nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.** Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*, em última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

87. Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*) de algum deles, o dever fundamental de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing*), a fim de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.

88. Penso ser essa a hipótese em análise, onde não é possível vislumbrar, a meu sentir, qualquer pecha de ilegalidade que justifique a desconsideração da realidade fática que levou a administração tributária de atribuir artificialidade à conduta do sujeito passivo. Não houve simulação, dolo, fraude, conluio, não se comprovou ausência de propósito negocial na composição societária em apreço, não houve omissão de registros contábeis nos balanços das companhias envolvidas, razão pela qual não é possível validar a pretensão fazendária de alcançar os fatos econômicos indicados nos autos de infração.

(...)

95. A necessidade de se combater *atos ilícitos*, mediante elementos de controle ou de fiscalização que demandem do ente tributante afastar do mundo jurídico atos jurídicos evadidos da pecha do dolo, fraude, simulação ou abuso, tem como fundamento da desconstituição do ato uma contrariedade objetiva à norma vigente e se justificam no dever geral de combate à evasão (ilícita). Existe um defeito do ato ou negócio jurídico por patologia invencível, seja por defeito forma, seja por vício da manifestação da vontade.

96. E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que *“O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte”*.

97. É no âmbito da simulação que se revolvem os problemas de planejamento tributário. Fora dele, não cabe ao intérprete desejar que o contribuinte pense como o Fisco, pois o parâmetro não é o Fisco, é a lei!

98. Todas as razões de mérito apontadas trazem a esta Relatoria conclusões contrárias a que chegou a administração tributária e a douta instância de piso, a ensejarem a desconstituição dos autos de infração, devendo-se dar provimento ao apelo administrativo do sujeito passivo.

99. Outrossim, consigne-se que há de se promover, em maior escala possível, o princípio constitucional da segurança jurídica, sob a égide da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas postas, in casu, nos reflexos

jurídicos possíveis decorrente da aplicação da Lei 9.532/97, que continua vigente. Não se trata de princípio abstrato, pelo contrário, cabe ao intérprete conferir à norma, na análise do caso concreto, a maior realização possível da segurança jurídica, pautado nos critérios acima apontados, considerando-se a acessibilidade do conteúdo normativo, sua anterioridade, inteligibilidade, continuidade e estabilidade.

100. Levando-se em consideração tais premissas, penso que a interpretação que melhor assegura a realização da segurança jurídica para os casos de amortização de ágio deve considerar como regra geral a licitude das operações, salvo as exceções onde a simulação (em sentido lato) seja comprovada. Com isso:

- a) Assegura-se ao destinatário da norma a cognoscibilidade do conteúdo da expressa previsão normativa da Lei 9.532/97;
- b) Modela-se a confiabilidade no texto normativo, que assegura ao contribuinte a escolha societária ora controvertida;
- c) Viabiliza-se calcular os efeitos jurídicos das opções lícitas realizadas através de atos jurídicos autorizados pela norma.

101. Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem *“Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade de plasmar a própria via de acordo com os próprios projetos”*. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

O primeiro problema refere-se à falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe exatamente qual é a regra válida. Se aquele sabe qual é esta última, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite. As regras não são acessíveis, abrangentes, compreensíveis ou inclusive suficientemente determinadas. Elas não são, enfim, orientadas para o usuário, já que deixam de prever as informações relevantes para o comportamento que aquele deve adotar. Com isso, o Direito perde a sua função orientadora. O direito, para usar aqui uma expressão enfática, deixa de ser sério. O cidadão torna-se dominado por leis que desconhece, relevando o princípio de que a ignorância das leis não escusa o seu cumprimento quase um sarcasmo.

A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.

O terceiro entrave diz com a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o cidadão não sabe bem qual norma irá valer. As possibilidades de apreensão de informações sobre futuras decisões são muito pequenas. O Direito, por conseguinte, não é previsível nem calculável. O cidadão, assim, não sabe se o Direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, serão também levado a sério no futuro.

A ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social, fazendo com que se coloquem dúvida até mesmo princípios tradicionais, como a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.

102. Penso que se faz necessário assegurar previsibilidade às relações jurídicas e, nesse contexto, não vejo problemas jurídicos em se admitir que a Lei 9.532/97 assegura ao contribuinte, como regra geral, a interposição de empresa veículo para estruturação de seus negócios que lhe assegure amortizar o ágio em decorrência de incorporação

reversa para fins de apuração do lucro real. Portanto, as glosas demonstram-se indevidas, a ensejar a desconstituição das autuações.

(...)

105. Todas essas razões são suficientes para afastar os argumentos suscitados pela administração tributária no sentido de atribuir artificialidade à operação realizada.

(...)

107. Assim, afastam-se as autuações no concernente à tese do real adquirente, afastando-se, em consequência, todos os fundamentos que atribuem a pecha da artificialidade e falta de propósito negocial à operação em referência.

(...)

114. Entendo que a descon sideração do laudo apresentado por pretensa impossibilidade de amortizar todo o ágio esbarra nos fundamentos apresentados no item anterior deste voto, pois considero como lícito o seu aproveitamento, independentemente da interposição da empresa veículo.

(...)

118. No mesmo sentido, a art. 20 do mesmo diploma legal (Decreto-lei 1598/77) considera a necessidade de desdobrar o custo de aquisição em (a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição, (b) mais ou menos-valia, que corresponde à diferença proporcional entre o valor justo dos ativos líquidos da investida e o valor do patrimônio líquido e (c) ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores anteriormente indicados.

119. É dizer: a realização da avaliação dos ativos a valor justos da investida fazem parte do necessário cálculo do próprio ágio, que considera a expectativa de rentabilidade com base na universalidade de haveres materiais e imateriais que compõem o patrimônio envolvido na operação.

120. A administração tributária não desconsiderou o ágio com base em ausência de substrato econômico dos laudos nem no contexto probatório que indicasse elementos (jamais indicados) de artificialidade dos números apresentados. O que pretendeu, em verdade, foi tornar inservível todo o arcabouço probatório trazido pela contribuinte para justificar o cômputo do ágio amortizável, sob o fundamento de que a operação realizada através da empresa veículo não teria substrato econômico e revelaria pretensão planejamento tributário abusivo.

121. As razões da suposta abusividade e falta de propósito negocial foram analisadas quando se verificou a tese da real adquirente, que compõe o item anterior deste voto. Portanto, tendo sido afastados tais argumentos, entendo que a comprovação do fundamento econômico do ágio está devidamente registrado nos elementos de prova constantes dos autos, notadamente, os laudos apresentados e todos os demais documentos a ele relacionados.

122. Inexistem razões para desconsiderar tais fundamentos econômicos, sobretudo porque o elemento central sobre o qual se baseou a Fisco para afastá-lo foi o pretensão planejamento tributário abusivo ou sem propósito, fulcrado na tese do real adquirente sediado no exterior, matéria essa já julgada e afastada neste voto. (grifei)

Igualmente aplicável ao caso são as razões de decidir apostas no acórdão n.º 1201-001.267, cujo elevado teor jurídico impõe sua incorporação no presente voto, precisamente quanto ao seguinte:

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco

comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Registre-se que os casos que envolvem amortização do ágio por incorporações societárias não decorrem de uma invencione do contribuinte para obter benefício tributário. Com efeito, é uma opção legislativa surgida em virtude da promulgação da Lei 9.532/97 – a qual permanece vigente – para assegurar a promoção do Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal. (grifei)

Ante o exposto, afasto a glosa do ágio.

Da multa isolada

A recorrente aduz que, após o encerramento do período, não subsiste a obrigação de antecipar um tributo, já que existe a própria obrigação principal a ser cumprida, sendo, por essa razão, incabível a cobrança de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas findo o ano-calendário a que se referem. Defende que a correta interpretação do artigo 44, II, "b" da Lei nº 9.430/96 é no sentido de que a multa isolada é aplicável se cominada antes do encerramento do ano-base.

Assim, é preciso, desde logo, distinguir duas situações. Uma é a exigência do valor principal da estimativa não recolhida, após o encerramento do período correspondente. Essa cobrança é vedada pela súmula CARF nº 82, mas não é disso que trata o p.p.:

Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para **exigir estimativas** não recolhidas. (grifei)

Diversamente, a controvérsia desses autos diz respeito à exigência de multa isolada, à razão de 50%, sobre as estimativas apuradas e não recolhidas. Acerca do assunto, trago o fundamento legal da autuação:

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. (...) (grifei)

Da leitura do dispositivo, conclui-se que não procede a alegação de que só teria cabimento a aplicação da multa isolada até o encerramento do período. É literal o comando de que cabe a penalidade “*ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido*”, cálculo que só ocorre quando do encerramento do período.

De igual modo, não se desconhece a existência da súmula CARF nº 105, que vedava a concomitância entre a multa isolada, por falta de recolhimento de estimativas, e a multa de ofício, por insuficiência de IRPJ e CSLL apurados no ajuste anual. Mas tal verbete possuía aplicabilidade na vigência da redação anterior do supra transcrito artigo 44, alterado pela MP nº 351/07, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/07.

Pela redação original do artigo 44, ambas as multas em questão seriam “*calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição*”. Atualmente, a penalidade sobre o não recolhimento da estimativa passou a incidir sobre o “*valor do pagamento mensal*”.

Certo é que não há que se falar em *bis in idem*.

A multa de ofício é devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento de tributo, falta de declaração e declaração inexata, e somente poderá ser exigida após o encerramento do ano-calendário, no caso de apuração anual (artigo 44, I e §1º). Já a multa isolada é devida na hipótese de falta de recolhimento da estimativa mensal, inclusive no caso de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, podendo ser exigida tão logo encerrado o mês a que se refere a estimativa ou após o encerramento do ano-calendário (art. 44, II).

São, a multa de ofício e a multa isolada, portanto, penalidades distintas e com fundamentos diversos, o que afasta por completo a aventada hipótese de dupla punição. Acertada seria, pois, a exigência de ambas concomitantemente.

Não obstante, com o afastamento da glosa do ágio amortizado e decorrente retorno das bases de cálculos aos patamares originais, restam indevidas as penalidades, multa isolada inclusive.

Dos juros de mora

No que concerne aos juros de mora, o emprego da taxa Selic é questão sumulada neste Tribunal, vazada sob o verbete de nº 4, conforme o seguinte:

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)

A exigência de juros de mora em percentual equivalente à taxa Selic encontra igual respaldo no artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, que dispõe:

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)

O referido art. 5º, § 3º, por sua vez, determina:

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração. (...)

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de **juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC**, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifei)

Já quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício, partir da leitura do Código Tributário Nacional, conclui-se que a multa, apesar de não ter a estrita natureza de tributo, faz parte do crédito tributário. Essa é a inteligência dos artigos 3º, 113, § 1º, e 139. Por conseguinte, a cobrança das multas lançadas de ofício deve receber o mesmo tratamento dispensado pelo CTN ao crédito tributário.

Por sua vez, o caput artigo 161, do mesmo diploma legal, já transcrito acima, dispõe que ao crédito tributário não pago no vencimento devem ser acrescidos os juros moratórios.

Destarte, o CTN admite a incidência de juros de mora sobre as multas lançadas de ofício. A expressão “*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*” apenas reforça a ideia de que juros e multa não são excludentes entre si.

Ademais, verifica-se que o legislador empregou, no caput do artigo 61 da Lei nº 9.430/96 (já transcrito) a expressão “*débitos (...) decorrentes de tributos e contribuições*”. Ora, as multas de ofício proporcionais, lançadas em função de infração à legislação tributária de que resulta falta de pagamento de tributo, como é o caso, são débitos decorrentes de tributos e contribuições.

Não se trata de mera imprecisão terminológica do legislador, mas sim de ampliação do campo de incidência dos juros de mora para abranger também as multas, o que é perfeitamente compatível com nosso sistema jurídico tributário. Tanto é assim, que a mesma Lei nº 9.430/96, em seu artigo 43, expressamente prevê essa incidência no caso de multas lançadas isoladamente.

Não por acaso, fulminando a questão, o CARF editou a súmula nº 108, vazada nos seguintes termos:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, **sobre o valor correspondente à multa de ofício**. (grifei)

Assim, tem plena previsão legal a incidência de juros moratórios - com emprego da taxa Selic – também sobre a multa aplicada, haja vista esta compor o crédito tributário.

Não obstante, com a inexistência de lançamento de tributo e multas, não há que se falar em juros de mora.

Conclusão

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso voluntário, para AFASTAR a exigência tributária formulada.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Genero Serra