



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720044/2021-15
ACÓRDÃO	1102-001.389 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	16 de julho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	CERVEJARIAS KAISER BRASIL LTDA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018

PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AQUISIÇÃO. ÁGIO. FUNDAMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. AMORTIZAÇÃO FISCAL. REQUISITO. INVESTIDOR E INVESTIDA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. DESCUMPRIMENTO. DEDUTIBILIDADE. DESCABIMENTO.

É descabida a dedução fiscal de ágio amortizado, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, quando não se observa, dentre os demais requisitos, a confusão patrimonial entre o investidor e a investida, mediante incorporação, cisão ou fusão.

PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AQUISIÇÃO. ÁGIO. FUNDAMENTO. RENTABILIDADE FUTURA. AVALIAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. DEDUTIBILIDADE. DESCABIMENTO.

É descabida a dedução de ágio fiscalmente amortizado quando não se observa, dentre os demais requisitos, a prospecção dos resultados para os períodos alcançados pela autuação fiscal.

PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AQUISIÇÃO. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. FUNDAMENTO. ATIVOS INTANGÍVEIS IDENTIFICÁVEIS. DEDUTIBILIDADE. DESCABIMENTO.

É descabida a dedução de ágio fiscalmente amortizado quando amparada, de fato, em sobrepreço de ativos intangíveis precisamente identificados pelo investidor.

ESTIMATIVA MENSAL. INADIMPLEMENTO. MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA. LEGALIDADE.

A partir do ano-calendário 2007, a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996,

deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas".

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018

LEI TRIBUTÁRIA. PENALIDADE. REDUÇÃO. GRADUAÇÃO. RAZOABILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a razoabilidade, a abusividade ou a graduação de penalidade instituída em lei tributária (Súmula CARF nº 2).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em negar provimento ao Recurso Voluntário, (1) por unanimidade de votos, mantendo a glosa da amortização do ágio sob o fundamento dos ativos intangíveis e, (2) por voto de qualidade, mantendo a glosa da amortização do ágio sob os fundamentos da ausência de confusão patrimonial entre o real investidor e a investida e da postergação da amortização, confirmando, ainda por voto de qualidade, a exigência da multa isolada concomitantemente com a multa de ofício, nos termos do voto do Relator – vencidos os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque e Rycardo Henrique Guimarães de Oliveira, que afastavam a confusão patrimonial entre o real investidor e a investida e a postergação da amortização como fundamentos para exigência alusiva à glosa do ágio amortizado, bem como cancelavam a multa isolada. Manifestou intenção de declarar voto o Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Beltcher da Silva – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa, Fredy José Gomes de Albuquerque, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (Suplente convocado) e Fernando Beltcher da Silva.

RELATÓRIO

Em desfavor do contribuinte em epígrafe foi lavrado Auto de Infração, para exigência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica dos anos-calendário 2016, 2017 e 2018,

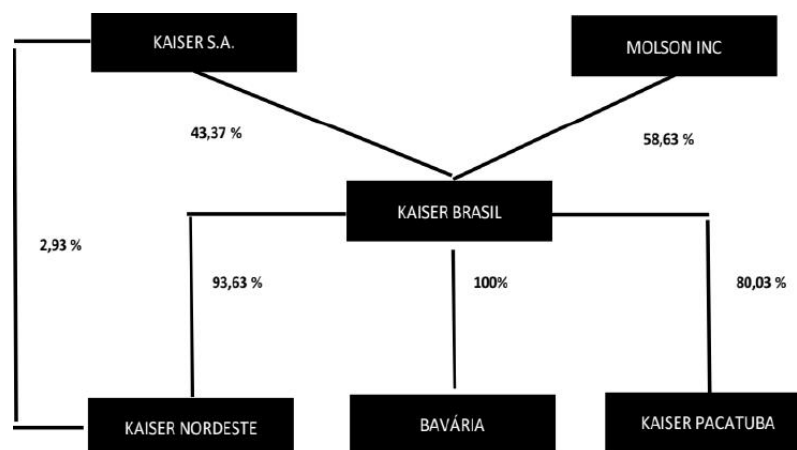
acompanhado de multa de ofício (75%), de juros de mora e de multa isolada pelo inadimplemento de estimativas mensais do imposto (50%), totalizando R\$ 172.401.583,12.

A autuação fiscal originou-se na glosa de ágio amortizado pela entidade naqueles anos, já que (i) não teria havido a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, (ii) decorreria o prazo para referida amortização, (iii) não foram apresentados documentos que comprovassem o efetivo desembolso e, subsidiariamente, (iv) havia erros na sua mensuração e qualificação.

Por bem descrever os fatos, transcrevo excertos¹ do relatório da decisão contra a qual se insurge a ora Recorrente:

A canadense **MOLSON INC** adquiriu, em 14/03/2002, pouco antes dos eventos a seguir descritos, a empresa de prateleira **Z.W.S.P.V. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, criada em 17/12/2001, por José Correia de Brito e Sueli de Fátima Ferreti, com capital não integralizado de R\$ 500,00. A denominação da pessoa jurídica foi alterada duas vezes: no momento da aquisição passou a se chamar **MXS DO BRASIL S.A** (fls. 1.441 a 1.489) e, posteriormente, em 12/04/2002, recebeu o nome de **KAISER PARTICIPAÇÕES S.A.** (fls. 1.499 a 1.510).

No dia 18/03/2002, **KAISER BRASIL** emitiu 140.569.537 ações ordinárias, que passaram a representar 56,63% do capital social da empresa. Essas novas ações foram subscritas pela **MOLSON INC** por R\$ 1.934.616.777,87, que integralizou parte do investimento em dinheiro (R\$ 1.700.882.177,87) e o restante por meio da contribuição da totalidade das ações da **BAVÁRIA S.A.**, avaliada em R\$ 233.734.600,00 (fls. 68 a 71). O organograma com as principais empresas do grupo **KAISER** passou a ter a seguinte configuração:

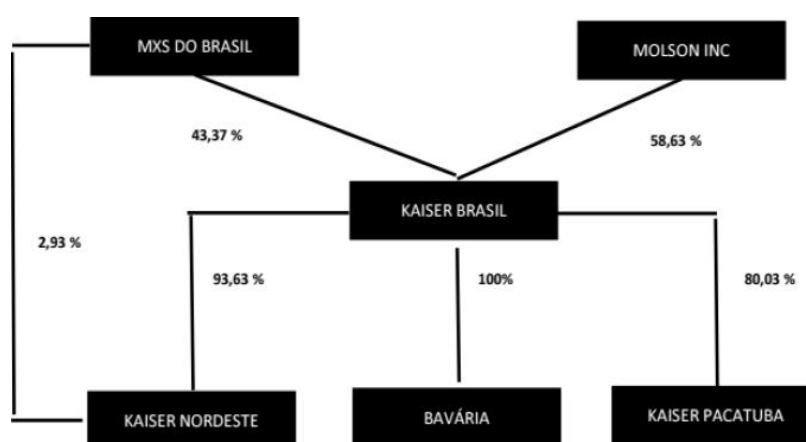


No mesmo dia, 18/03/2002, KAISER BRASIL e MXS DO BRASIL firmaram contrato de mútuo, por meio do qual a primeira emprestaria a quantia de R\$ 1.485.763.829,63, montante necessário para a mutuária adquirir, majoritariamente, ações da própria mutuante, de propriedade de KAISER S.A. (fls.

¹ A ordem dos parágrafos foi aqui ligeiramente alterada.

484 a 486). A negociação das participações societárias foi objeto do contrato referido no próximo item.

KAISER S/A, MOLSON INC e MXS DO BRASIL S.A. assinaram, em 19/03/2002, Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças, que tratou da aquisição, pela empresa brasileira, do restante das ações e quotas da KAISER BRASIL, da KAISER NORDESTE, da KAISER PACATUBA e da KAISER GOIAS, mediante o pagamento em dinheiro no valor de R\$ 1.135.033.529,63 e a entrega de 7.785.878 ações da MOLSON INC, avaliadas em R\$ 350.730.300,00. KAISER GOIAS e KAISER PACATUBA eram empresas irrelevantes e suas ações e cotas foram adquiridas pelo valor simbólico de R\$ 1,00 (fls. 50 a 67). A nova configuração societária ficou assim representada:



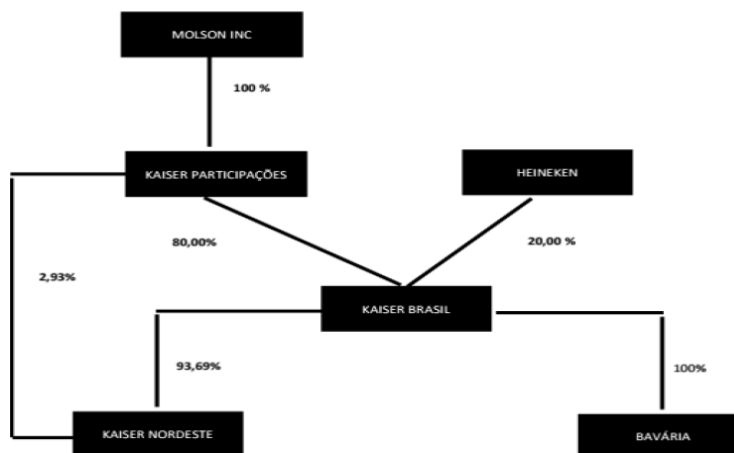
Em 11/04/2002, a MXS alienou 49.640.791 ações, representativas de 20% do capital da KAISER BRASIL, para a HEINEKEN INTERNATIONAL B.V., por US\$ 218.295.000,00 (fls. 467 a 483).

Em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 12/04/2002, os acionistas da MXS aprovaram aumento de capital da companhia, passando de R\$ 500,00 para R\$ 1.934.619.732,00. A integralização deu-se pela conferência de 140.560.706 ações da KAISER BRASIL adquiridas em 18/03/2002 pela MOLSON (fls.72 a 79). [...]

No dia 30/04/2002, uma série de atos foi realizada com o objetivo de transferir todas as ações da KAISER BRASIL, sob o domínio da KAISER PARTICIPAÇÕES (antiga MXS), para a KAISER PACATUBA. Foi, primeiramente, firmado contrato de Dação em Pagamento, estabelecendo que a quitação da dívida assumida pela KAISER PARTICIPAÇÕES perante a KAISER BRASIL em virtude do contrato de mútuo antes mencionado, cujo crédito fora cedido à KAISER PACATUBA, dar-se-ia pela entrega de 108.146.193 ações da KAISER BRASIL, pertencentes à devedora (fls. 487 a 490).

Também em 30/04/2002, em AGE realizada às 9:00, a KAISER PARTICIPAÇÕES subscreveu aumento de capital da KAISER PACATUBA, efetuando a necessária integralização mediante a transferência de 90.416.942 ações da KAISER BRASIL (fls. 82 a 90). Em outra AGE, ocorrida às 10:00, decidiu-se pela incorporação da KAISER PACATUBA pela KAISER BRASIL (fls. 98 a 111). A fiscalização afirma que o objetivo desse fugaz passeio das ações da KAISER BRASIL foi levar para o

patrimônio da adquirida o ágio gerado na aquisição das suas próprias ações. A KAISER BRASIL registrou, então, em seu balanço patrimonial, levantado em 30/04/2002, ágio no valor de R\$ 1.321.592.912,77. Ao final, a organização das sociedades passou a ter o seguinte formato:



A fiscalização assevera que: “todo esse malabarismo, composto por uma miríade de alterações societárias dedicadas a internalizar ágio pago por sociedade estrangeira, foi idealizado e concretizado pela MOLSON INC, em 2002”.

Não apresentação de documentos

A FISCALIZAÇÃO afirma que não foi entregue o comprovante do efetivo pagamento do valor desembolsado pela aquisição das participações societárias discriminadas no Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças, assinado em 19/03/2002.

Postergação da amortização

As ações compradas diretamente pela **MOLSON** foram transferidas para **MXS** em 12/04/2002 e, logo em seguida, em 30/04/2002, todas as participações societárias adquiridas foram reunidas sob o domínio da **KAISER PACATUBA**. O ágio, na forma e valores calculados pela empresa, passou a ser registrado no ativo da **KAISER BRASIL** no momento da incorporação da **KAISER PACATUBA**, também em 30/04/2002, estando pronto para ser amortizado. A dedução fiscal do ágio, no entanto, somente passou a ocorrer a partir de janeiro de 2009.

A fiscalização assevera que a postergação da amortização fiscal é comportamento vedado pela legislação que rege a matéria, nos termos do explicitado na Solução de Consulta nº 223 - Cosit, datada de 26 de junho de 2019.

Nesse diapasão, entende a fiscalização que a amortização deveria ter sido iniciada o mais tardar a partir de janeiro de 2003 e se encerrado em dezembro de 2012, não sendo admissível as despesas decorrentes do ágio efetuadas em períodos posteriores a 2013.

PAGAMENTO EFETUADO POR CONTROLADORA. INOCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL.

A Fiscalização entende ficar evidente que a Lei nº 9.532/97 não é aplicável em relação ao ágio amortizado pela KAISER BRASIL, porquanto não cumprida a imprescindível hipótese da confusão patrimonial, que também tornaria impossível a recuperação do ágio na alienação do investimento.

A Fiscalização entendeu também restar evidenciada a impossibilidade de amortização do ágio, na configuração adotada pela empresa, pois não se pode fazer uso dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 de forma a promover uma interpretação que não leva em conta o contexto sistêmico da norma, fazendo uso de fatos construídos artificialmente no intuito de alterar a hipótese de incidência.

CÁLCULO DO VALOR DO ÁGIO

A fiscalização afirma que embora a empresa tenha alegado não ter sido formalizado contrato para regular o exercício dos direitos e das obrigações advindos da injeção de capital da MOLSON na KAISER BRASIL, a compra da totalidade da participação societária já estava acordada desde o primeiro momento, pois, no mesmo dia em que se aportou o capital, firmou-se contrato de mútuo para a compra do restante das ações, utilizando-se, para eventual pagamento, dos recursos que haviam sido colocados na empresa no momento da integralização do aumento de capital. Não houve outra contribuição financeira.

Apesar de não ter sido entregue o comprovante do efetivo pagamento pelas ações adquiridas, o valor máximo que teria sido empregado pela MOLSON seria de R\$ 1.481.338.134,00, uma vez que era esse o montante previsto no Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças a ser recebido pela KAISER S.A. em retribuição pela totalidade das ações das empresas sob seu controle. O mencionado valor deu acesso à MXS à 100% das ações e não à parte delas, como apressadamente poderia se concluir.

A fiscalização aduz que o propósito do fatiamento do negócio jurídico foi proporcionar à KAISER S.A. maior remuneração pela venda das ações de sua propriedade, por meio de ganho tributário indevido. A injeção de capital realizada pela MOLSON, que lhe teria dado direito a 56,63% de participação societária na KAISER BRASIL, deu azo, no mesmo momento, à contabilização de ganho por diluição da participação societária, reconhecido por equivalência patrimonial no levantamento do lucro líquido da controladora, que o distribuiu aos acionistas, isento de tributação.

A fiscalização entendeu que o ganho, sem o pagamento de tributos, sobreveio por meio de procedimento simulatório, na medida em que se criou a aparência da simples participação em parte do capital da KAISER BRASIL, via aumento de capital, mas que, na realidade, escamoteava acordo pela aquisição da totalidade da participação societária, por intermédio de compra e venda. A KAISER S.A. não teve sua participação diluída e sim alienada na sua totalidade para MXS, com recursos provenientes da MOLSON INC.

A FISCALIZAÇÃO apontou também, a respeito do cálculo do ágio, outra irregularidade que dever ser observada. Consta na cláusula 3.2.ii, do Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças, a aquisição de 2,93% de ações da KAISER NORDESTE, de propriedade de KAISER S.A., por R\$ 4.425.693,48. A KAISER NORDESTE não foi incorporada e, portanto, se houve pagamento de ágio, não é possível a amortização enquanto não ocorrida a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida.

Dessa forma, assevera a Autoridade Fiscal, o ágio máximo admissível, se superadas todas as vedações legais a seguir demonstradas, seria de R\$ 1.181.529.952,41 $[(R\$ 1.481.338.134,00 - R\$ 4.425.693,48) \times 0,8]$, levando-se em consideração à venda de 20% das ações para a HEINEKEIN. Como a empresa efetuou amortização contábil de R\$ 46.382.008,00 em 2002 e mais R\$ 930.992.398,20 até 31/12/2015, restariam R\$ 204.155.546,21 para serem descontados das bases de cálculo do imposto de renda.

ATIVOS INTANGÍVEIS IDENTIFICÁVEIS, MARCAS E ACESSO À REDE DE DISTRIBUIÇÃO, AMORTIZADOS COMO ÁGIO PAGO PELA RENTABILIDADE FUTURA. IMPOSSIBILIDADE.

A fiscalização afirma que a parcela do ágio contabilizado como rentabilidade futura para fins fiscais (marcas e acesso à rede de distribuição), não poderia ser deduzida na apuração do Imposto de Renda, haja vista que engloba valores que devem ser imputados à avaliação de certos intangíveis identificáveis, que por sua natureza ou não são amortizáveis ou depreciáveis ou são contemplados por regime jurídico próprio que regem o momento e quantidade a ser deduzida na base de cálculo do imposto.

A Autoridade Fiscal assevera que as parcelas do ágio que veem sendo deduzidas como se decorressem da rentabilidade futura da adquirida, mas que devem ser imputados à avaliação de intangíveis identificáveis (marcas e acesso à rede de distribuição), não são amortizáveis ou tem sua dedutibilidade na base de cálculo do imposto vedada, quando surgidos no bojo de uma combinação de negócios.

A fiscalização também afirma que a parcela do sobrepreço paga pela aquisição da participação societária, que deve ser conferida ao acesso à rede para a distribuição dos produtos da adquirida também não é amortizável, conforme claramente determinado no inciso II, do art. 7º, da Lei nº 9.532, de 1997, base legal do artigo 386 do RIR/99.

A fiscalização descontou os itens que não podem compor o ágio resultante do pagamento pelos lucros futuros da investida, e, quantificou o valor máximo que poderia ser amortizado, se fosse superado o impeditivo legal atinente a não ocorrência de confusão patrimonial entre a adquirida e real adquirente, seria de R\$ 649.223.152,42 $(R\$ 1.181.529.952,42 - R\$ 532.306.800,00)$.

Sobreveio impugnação do contribuinte. Valho-me, novamente, da decisão recorrida, para aqui colacionar os argumentos de mérito lançados pela pessoa jurídica naquela peça recursal:

DA AQUISIÇÃO DA IMPUGNANTE QUE GEROU O ÁGIO

Em março de 2002, o Grupo Coca-Cola e as empresas engarrafadoras dos produtos Coca-Cola, agregadas na empresa Cervejarias Kaiser S.A. ("CKSA", sucedida por incorporação pela Neslip S.A., CNPJ 19.654.466/0001-39), negociou a venda das ações que detinha na Cervejarias Kaiser Brasil S.A. ("Kaiser" ou IMPUGNANTE) para o grupo internacional Molson, cuja controladora era a Molson, Inc. ("Molson"), empresa canadense que opera no ramo de cervejas (atualmente denominada "Molson Coors Brewing Company").

Essa aquisição se deu parte com a emissão de novas ações pela IMPUGNANTE ("aquisição primária"), e parte mediante a compra das ações existentes, detidas pela CKSA.

Quanto à aquisição de ações de emissão primária, o Grupo Molson contribuiu ao capital da IMPUGNANTE o montante de R\$ 1.934.616.777,87 (um bilhão, novecentos e trinta e quatro mil, seiscentos e dezesseis mil, setecentos e setenta e sete Reais e oitenta e sete centavos), recebendo 56,6% do seu capital, correspondente a 140.569.537.

O capital subscrito pelo Grupo Molson foi integralizado parcialmente em dinheiro, no montante de R\$ 1.700.882.177,87 (um bilhão, setecentos milhões, oitocentos e oitenta e dois mil, cento e setenta e sete reais, e oitenta e sete centavos), e mediante a conferência de ações da empresa Bavária S.A. ("Bavária" - CNPJ 04.176.513/0001-09), avaliadas em R\$ 233.734.600,00.

A segunda etapa de aquisição foi pactuada por meio do Contrato de Associação, Investimento e Outras Avenças ("Contrato de Aquisição"), firmado em 19.03.2002, (**Doc. 04**), por meio do qual a MXS do Brasil S.A. ("MXS" - posteriormente denominada Kaiser Participações S.A. - CNPJ 04.855.728/0001-56), subsidiária brasileira do Grupo Molson, adquiriu as ações das empresas do grupo Kaiser, anteriormente detidas pela CKSA.

Assim, em decorrência das aquisições acima, a MXS se comprometeu a pagar à CKSA o montante de R\$ 1.485.763.829,13 (um bilhão, quatrocentos e oitenta e cinco milhões, setecentos e sessenta e três mil, oitocentos e vinte e nove Reais e treze centavos).

Em 11.04.2002, a Molson aumentou o capital da MXS, subscrevendo 1.934.619.732 (um bilhão, novecentos e trinta e quatro milhões, seiscentos e dezenove mil, setecentas e trinta e duas) ações no valor total de R\$ 1.934.619.732,00 (um bilhão, novecentos e trinta e quatro milhões, seiscentos e dezenove mil, setecentos e trinta e dois Reais), e integralizadas com transferência de 140.569.706 (cento e quarenta milhões, quinhentos e sessenta e nove mil, setecentas e seis) ações da IMPUGNANTE e, assim, a MXS se tornou a adquirente

da totalidade das ações - parte por compra e venda, e parte por aumento de capital **(Doc. 05)**.

Após se tornar proprietária de 100% das ações da IMPUGNANTE, a MXS Brasil vendeu parte delas - 49.640.791 (quarenta e nove milhões, seiscentos e quarenta mil, setecentos e noventa e uma) ações, correspondentes a 20% do capital da IMPUGNANTE, para a Heineken International BV, sendo pactuado o preço de USD 218.295.000,00 **(Doc. 06)**.

Em 30 de abril de 2002, a MXS e a Cervejarias Kaiser Pacatuba S.A. ("Pacatuba" - CNPJ 02.799.271/0001-84) firmaram contrato de Assunção de Débito ("Assunção"), por meio do qual a Pacatuba assumiu a dívida da MXS e, em contrapartida, recebeu as ações da IMPUGNANTE em pagamento **(Doc. 07)**. Ao receber as ações da IMPUGNANTE e a dívida, a Pacatuba registrou em sua contabilidade um ágio na aquisição de participação societária, justificado com base na rentabilidade futura da IMPUGNANTE **(Doc. 08)**.

Nessa mesma data - 30 de abril de 2002 -, a Pacatuba, que concentrava as participações em empresas do Grupo Kaiser, foi incorporada pela IMPUGNANTE, consolidando os ágios registrados nas empresas adquiridas nesta última **(Doc. 09)**.

Somente em 29.08.2007, quando a IMPUGNANTE já estava sob a gestão do grupo mexicano FEMSA, que adquiriu do Grupo Molson as ações da MXS, é que houve a incorporação da MXS (na época da incorporação, sob a denominação de Kaiser Participações S.A.) pela IMPUGNANTE, consolidando a união entre a empresa investidora (MXS) e a investida (IMPUGNANTE), com registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo ("JUCESP") em 08.01.2008 **(Doc. 10)**.

[...]

MÉRITO

DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O APROVEITAMENTO DO ÁGIO

A impugnante aduz que a leitura dos dispositivos legais, anteriores à Lei nº 12.973/2014, deixa claro que, no momento da aquisição de empresas controladas ou coligadas, as pessoas jurídicas eram obrigadas a desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio ou deságio (sendo este a diferença entre o preço de aquisição da participação societária e o valor de patrimônio líquido da participação adquirida) e que, em havendo ágio, este deveria ter a indicação de qual seu fundamento econômico. Este fundamento econômico deveria ser baseado em *demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*, sequer exigindo a lei que houvesse laudo de avaliação preparado por peritos.

No presente caso, assevera o patrono, quando a MXS adquiriu o investimento na IMPUGNANTE - parte por compra e venda, e parte por aumento de seu capital social -, houve o desdobramento do valor da aquisição entre (a) valor do

investimento segundo o critério da equivalência patrimonial; (b) ágio com base na lucratividade futura, devidamente fundamentado com base em análises econômicas.

A impugnante afirma que segundo a legislação então em vigor, caso houvesse liquidação do investimento adquirido com ágio mediante incorporação, fusão ou cisão, envolvendo a empresa adquirente e a empresa ou participação societária adquirida, as pessoas jurídicas sobreviventes teriam o direito de amortizar o ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura em no mínimo 5 anos.

O Patrono esclarece que na parcela das ações adquiridas pela MXS por aumento de capital com as ações da IMPUGNANTE, o valor do aumento de capital foi de R\$ 1.481.338.134,00, enquanto que o patrimônio líquido total da empresa adquirida - da IMPUGNANTE - era de R\$ 1.790.270.233, dos quais R\$ 776.335.026,00 correspondiam à participação adquirida, de forma que a MXS apurou um ágio de R\$ 704.983.108,00 nesta aquisição.

Já na compra de 107.634.244 ações (56,6%) da IMPUGNANTE pela MXS, o custo de aquisição da MXS foi de R\$ 1.934.616.778,00. O valor patrimonial da participação adquirida correspondia a R\$ 1.013.915.207,00. Assim, foi apurado ágio de R\$ 920.701.571,00 nesta parcela da aquisição.

O Patrono pontua que, posteriormente, com a venda de 20% das ações da MXS detidas pela IMPUGNANTE, para a Heineken BV, houve a baixa do valor do investimento, e da parcela do ágio correspondente a tal participação no montante de R\$ 325.136.936,00.

A impugnante informa que conforme laudo elaborado pela PriceWaterhouseCoopers (vide **Doc. 08**), o ágio foi fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, e não em ativos intangíveis, como sustenta a Fiscalização no TVE.

O Patrono afirma que: (a) houve a efetiva aquisição da IMPUGNANTE pela MXS; (b) o ágio foi devidamente justificado pela lucratividade futura da IMPUGNANTE; (c) a transferência das ações e ágio para a Pacatuba e posterior incorporação na IMPUGNANTE foi desconsiderada para fins da amortização do ágio, justamente porque a presença da Pacatuba como acionista da IMPUGNANTE foi extremamente efêmera; (d) somente e tão-somente após haver, em 29 de agosto de 2007, a incorporação da real adquirente MXS (com nova denominação de Kaiser Participações) na IMPUGNANTE, verificou-se o cumprimento de todos os requisitos para a amortização do ágio e, assim, a IMPUGNANTE passou a amortiza-lo a partir de 2009; (e) a amortização ocorreu em período mais longo do que o mínimo permitido pela legislação.

Repise-se, mais uma vez: a incorporação da Pacatuba pela IMPUGNANTE, conservadoramente, não foi considerada como o termo inicial da amortização do ágio, justamente porque a Pacatuba foi detentora das ações da IMPUGNANTE por muito pouco tempo, tendo recebido as ações e sido incorporada no mesmo dia.

Assim, assevera a impugnante, a incorporação que efetivamente gerou a união entre investidora (MXS) e investida (IMPUGNANTE) ocorreu somente no ano de 2007 apenas, autorizando a partir de então a amortização do ágio correlato.

Do Valor Despendido nas Aquisições – Comprovação dos valores pagos

De fato, o ágio tem por base o valor efetivamente pago na aquisição da participação societária, que restará plenamente comprovado neste item. Porém, não se pode coadunar com o que propõe o TVE, que é a desconsideração de atos negociais e societários que embasaram os pagamentos, especialmente ao desconsiderar o ágio apurado na subscrição de capital da MXS com ações da IMPUGNANTE, sem qualquer fundamento legal para tanto.

Quanto à comprovação da totalidade do valor pago pelas ações da IMPUGNANTE, o ingresso dos recursos que culminaram com o aumento de seu capital e, posteriormente, o aumento de capital na MXS com ações da IMPUGNANTE, encontra-se, afirma a impugnante, devidamente comprovado no extrato bancário da IMPUGNANTE (**Doc.12**) de sua conta-corrente junto à filial brasileira do ING Bank NV.

A impugnante informa que o ingresso dos valores também pode ser comprovado pelo contrato de câmbio (**Doc. 13**).

O Patrono esclarece que, no presente caso, após o aumento de capital da IMPUGNANTE, a MXS adquiriu as novas ações da IMPUGNANTE, que foram contribuídas seu capital pela Molson. Assim, fica claro que, no aumento de capital pela Molson na IMPUGNANTE, a primeira adquiriu as ações resultantes de emissão primária por essa, e no aumento de capital pela Molson na MXS, esta última adquiriu as ações da IMPUGNANTE, desdobrando o custo de aquisição em valor de investimento segundo o método da equivalência patrimonial, e ágio por lucratividade futura.

Observa a impugnante que a legislação que prevê o desdobramento do custo de aquisição e registro do ágio, mais precisamente o caput do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, em vigor à época da operação, não distingue o tratamento a ser dado às aquisições primária ou secundária, referindo-se apenas que o registro do ágio deve ser feito na "aquisição".

De outra parte, o artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, que autoriza a amortização do ágio, também faz referência ao termo "aquisição", sem qualquer diferenciação entre aquisições primárias ou secundárias.

Assim, aduz a impugnante, não há qualquer fundamento legal para se desconsiderar o ágio decorrente da aquisição, pela MXS, de ações da IMPUGNANTE por aumento de capital, uma vez que a operação efetivamente corresponde a uma aquisição de participação societária.

Outro ponto invocado pela Fiscalização é que os recursos obtidos pela IMPUGNANTE no aumento de capital efetuado pela Molson seriam os mesmos

que foram utilizados pela MXS na aquisição da participação societária das empresas do Grupo Kaiser.

O Patrono esclarece que a MXS de fato efetuou o pagamento do preço do Contrato de Associação, ainda que tenha sido com recursos de terceiros. No caso, a IMPUGNANTE não utilizou, para emprestar à MXS, recursos ingressados pelo aumento de capital, mas sim, recursos de sua tesouraria, que estavam investidos em operações de CDB "swapadas" junto ao Banco ING, fazendo expressa referência de que os recursos transferidos, por conta e ordem da MXS, no montante total de R\$ 1.261.761.000,00 (um bilhão, duzentos e sessenta e um milhões, setecentos e sessenta e um mil Reais), se referiam ao pagamento da MXS pela aquisição de participações firmada no Contrato de Associação de 19.03.2002 (**Doc. 14**).

Ademais, adiciona a impugnante, o valor complementar de R\$ 388.728.293,88 (trezentos e oitenta e oito milhões, setecentos e vinte e oito mil, duzentos e noventa e três Reais e oitenta e oito centavos) também foi transferido pela IMPUGNANTE à CKSA, por conta e ordem da MXS, em 19.03.2002, conforme comprovam os extratos das respectivas empresas (**Doc. 15**).

Assim, não poderia a D. Fiscalização, como assim pretendeu fazer, desconsiderar a, parcela da aquisição das ações da IMPUGNANTE oriunda da emissão primária de ações, seguida de aumento de capital na MXS.

Portanto, encontram-se devidamente justificados e comprovados os valores das aquisições de participação societária compreendidas no processo de M&A, não havendo que se falar em falta de comprovantes de pagamento.

Da ausência de ágio da Kaiser Nordeste

A impugnante pontua que outro ponto destacado pelo i. Auditor-Fiscal é que a Kaiser Nordeste, subsidiária da IMPUGNANTE, não teria sido incorporada e, portanto, o suposto ágio decorrente da sua aquisição teria de ser glosado.

Aqui, aduz a impugnante, haveria um erro conceitual grave: **na aquisição de 2,93% das ações da Kaiser Nordeste, a MXS não apurou, e nem poderia ter apurado, qualquer valor de ágio.**

Termo inicial para a amortização do ágio

Conforme se depreende do TVF, a Fiscalização alega que o aproveitamento das despesas referentes ao ágio deveria ter sido iniciado imediatamente após a incorporação da Kaiser Pacatuba pela IMPUGNANTE, em 2002.

Ocorre que a IMPUGNANTE só veio a incorporar a MXS (adquirente) em 29.08.2007, cujo registro na JUCESP foi formalizado em 08.01.2008, passando apenas então, conservadoramente, a amortizar o ágio decorrente das operações ocorridas em 2002, no ano de 2009.

A impugnante afirma que a **Fiscalização desconsiderou por completo a existência da incorporação ocorrida em 2007**, julgando que o termo inicial para a

amortização do ágio seria a incorporação da Pacatuba que, em verdade, não representou a consolidação do registro do ágio com a expectativa da rentabilidade futura do investimento. Isso só ocorreu em 2007, com a incorporação da MXS pela IMPUGNANTE.

A impugnante entende que esse argumento de que teria ocorrido "postergação" na amortização é totalmente contraditório com a argumentação que o próprio Agente Fiscal faz no TVF, que pondera que a incorporação da Pacatuba pela IMPUGNANTE teria sido simulada e que não teria permitido o encontro de contas para a amortização do ágio.

De toda forma, adiciona a impugnante, ainda que se considere que a amortização poderia ser feita já a partir de 2002, vale destacar que a legislação não especifica o termo inicial da amortização do ágio. Ela dispõe apenas que a amortização deve respeitar o limite máximo mensal de 1/60 avos do saldo inicial do ágio por lucratividade futura, sem a imposição de um limite mínimo para amortização e sem a obrigatoriedade de se efetuar a dedução todos os meses, conforme se observa do artigo 7º, II, da Lei nº 9.532/1997.

Por fim, finaliza a impugnante, ainda que se considere que houve "postergação" na amortização do ágio, como indicado pelo I. Auditor-Fiscal, o artigo 6º, §5º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977 estabelece que a inexistência de período no reconhecimento de despesas não deve ser motivo para autuação fiscal, se dela não decorrer falta de pagamento do imposto.

A impugnante afirma que a postergação na amortização do ágio não gerou falta de pagamento de imposto, mas, pelo contrário, a antecipação de recolhimentos e redução de prejuízos dos anos anteriores, de forma que não haveria base para qualquer lançamento de imposto com base em tal entendimento.

MXS como real adquirente do investimento

Outro dos pontos apontados pela impugnante trazidos no TVE para a glosa da dedutibilidade do ágio é o fato de que, supostamente, haveria apenas uma "empresa veículo, que teria por única finalidade a aquisição por empresa brasileira que permitiria o aproveitamento do ágio pela Molson.

A impugnante manifesta perplexidade posto que a autuação fiscal considere que o único e exclusivo objetivo da aquisição do grupo Kaiser pelo Grupo Molson, que são partes totalmente independentes, tenha sido obter vantagem fiscal por meio da interposição de uma "empresa-veículo", que, segundo o TVE, supostamente não teria qualquer função existencial.

De fato, assevera a impugnante, na operação, houve a presença de uma empresa-veículo, que era a Pacatuba. No entanto, o mesmo não se pode afirmar em relação à MXS. Não se pode considerar como "real adquirente" a empresa estrangeira controladora e desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade brasileira MXS, sem nenhum amparo legal e tampouco qualquer indício de ilicitude para tanto.

O Patrono informa que a MXS de fato foi criada em 2002, ano de aquisição das ações da IMPUGNANTE, mas não como mera "empresa-veículo", mas sim, para servir de *holding* para os negócios que o Grupo Molson pretendia desenvolver no Brasil, a partir da aquisição do Grupo Kaiser. Ademais, a MXS de fato realizou diversas atividades operacionais atinentes à sua função de holding, como a captação de dívidas, aumentos e reduções de capital, administração e venda de participações societárias.

Ela foi extinta apenas em 29.08.2007, quando, já sob o nome de Kaiser Participações S.A., foi incorporada pela IMPUGNANTE. Ou seja, a MXS perdurou por um período de 5 anos, desempenhando plenamente as suas funções de holding (**Doc. 16**).

Nesse contexto, frisa a impugnante, a MXS também celebrou contrato de compra e venda com a Heineken International BV, correspondente a 20% da participação no capital da IMPUGNANTE (vide Doc. 06), ou seja, teve papel fundamental na operação, que perdurou durante os demais anos da sua existência.

Não se trata aqui, aduz a impugnante, da criação de mera sociedade veículo, sem propósito negocial, para, de forma artificial, carregar-se o ágio entre empresas, mas sim de empresa que cumpria devidamente as suas funções de holding. Tanto é que não houve acusação e simulação e aplicação de multa agravada.

A impugnante pontua que a MXS, ao avaliar o investimento pelo MEP, conforme determina o artigo 248 da Lei de Sociedades por Ações ("LSA"), apurou devidamente o ágio e não há qualquer disposição legal que estabeleça que ele só poderia ser aproveitado pela Molson, como sustentado no TVE, de forma ilegal.

A impugnante informa que da análise da jurisprudência, verifica-se que o entendimento do CARF e da sua CSRF é que, nem sequer o uso de empresa veículo - o que não ocorreu no presente caso, eis que a MXS exerceu de fato atividades de holding - não impediria o aproveitamento do ágio, uma vez que dentro da esfera de liberdade negocial do contribuinte, estando a apuração do ágio plenamente amparada na aplicação do MEP pela holding e não havendo vedação para a sua transferência.

A impugnante entende que a postura da Fiscalização de rechaçar o ágio apenas pelo fato de que a aquisição foi feita por um grupo estrangeiro, por meio de uma subsidiária brasileira. Isso implica clara violação ao princípio da não-discriminação do capital estrangeiro, previsto pelo artigo 2º da Lei 4.131/1962.

A impugnante afirma que ainda que se estivesse, de fato, diante de uma empresa-veículo, o fato é que todos os requisitos para a utilização do ágio estariam cumpridos da mesma forma: independentemente da forma pela qual tenha ocorrido a estruturação da operação, sendo a postura da Fiscalização de glosar o ágio discriminatória do capital estrangeiro, em clara violação aos princípios da igualdade, bem como do quanto previsto no artigo 23 da Convenção Brasil-Canadá.

Da ocorrência de confusão patrimonial entre investidor (MXS) e investida (IMPUGNANTE)

No TVE, a Fiscalização ainda alega que a incorporação da Kaiser Pacatuba pela IMPUGNANTE teria sido simulada e que não teria havido um efetivo encontro de contas entre a Molson, que seria a real adquirente, e a IMPUGNANTE, sociedade adquirida.

A impugnante aduz que no caso concreto, a incorporação que gerou o encontro de contas ocorreu em 29.08.2007, quando a MXS foi incorporada pela IMPUGNANTE, permitindo o aproveitamento do ágio apurado na aquisição ocorrida em 2002, o que foi totalmente ignorado pelo i. Auditor-Fiscal e demonstrando, claramente, que a acusação fiscal não pode prosperar, eis que o próprio i. Auditor-Fiscal deixou de identificar corretamente o que supostamente seria passível de desconsideração.

A impugnante entende não ser possível impedir a amortização fiscal do ágio sob o simples argumento da não-ocorrência de "*confusão patrimonial*" entre a acionista estrangeira (Molson) e a IMPUGNANTE, eis que não há base legal para isso e, além disso, a D. Fiscalização não verificou nenhuma ilicitude praticada pela IMPUGNANTE. Tanto é assim que, o AIIM sequer tem multa agravada, mas tão-somente a multa de ofício.

A impugnante destaca que o que o i. Auditor-Fiscal não desconsiderou é que a MXS (real adquirente) foi efetivamente incorporada pela IMPUGNANTE (empresa adquirida) em 29.08.2007, consolidando a reorganização que teve início em 2002 e autorizando a amortização do ágio, que teve início em 2009.

A impugnante conclui que teria havido uma efetiva união - ou, como prefere a D. Fiscalização, "*confusão patrimonial*" - entre a investidora (MXS) e a investida (IMPUGNANTE), o que, de acordo com a Lei nº 9.532/1997, assegurou à IMPUGNANTE o direito de amortizar, para fins tributários, o ágio registrado na MXS que era baseado na lucratividade futura.

Do fundamento econômico do ágio baseado em rentabilidade futura

A impugnante informa que no TVE, a D. Fiscalização afirmou que, ainda que as operações societárias fossem aceitáveis pelas autoridades fiscais, os montantes de ágio a amortizar seriam supostamente menores do que aqueles registrados pela IMPUGNANTE, eis que não foram segregados, para fins fiscais, os montantes correspondentes a intangíveis.

Porém, assevera a impugnante, essa acusação não se sustenta, justamente porque a legislação tributária, **à época dos fatos sob debate**, era bem distinta da legislação hoje vigente.

Para fins fiscais, nos anos em que ocorreram as aquisições pela IMPUGNANTE, a apuração do ágio seguia a redação original do Artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, refletido no artigo 385 do RIR/1999.

A impugnante afirma que **o parágrafo 2º do art. 385 estabelece a obrigação de indicar o fundamento econômico do lançamento do ágio**, ou seja, indicar as razões econômicas que levaram o adquirente a pagar ágio na aquisição do investimento, **sem haver qualquer hierarquia ou ordem a ser obedecida para a fundamentação**.

A impugnante entende ser mais do que sabido que o preço de compra e venda de empresas é determinado com base no fluxo de caixa positivo que a empresa adquirida pode vir a gerar, ou seja, com base no fluxo de caixa descontado, e não com base no valor justo das empresas.

Assim, aduz a impugnante, o que deve ser considerado, para fins de apuração do ágio gerado na combinação de negócios, é o laudo que fundamenta a rentabilidade futura da empresa com base no fluxo de caixa descontado. A mensuração dos ativos e passivos a valor justo decorre diretamente das exigências do IFRS e do CPC 15, da segregação do valor pago na aquisição de participação societária, que não estava em vigor no Brasil na época da aquisição.

A legislação tributária, conforme já ressaltado, continha conceito diverso de ágio, cujo fundamento espelhava razões econômicas. A diversidade de tratamento é corroborada pelo art. 65 da Lei 12.973/2014, que determina a aplicação das regras tributárias anteriormente vigentes para as operações de incorporação, fusão e cisão ocorridas até 31/12/2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31/12/2014.

A impugnante destaca que, apenas e tão-somente, a partir da Lei nº 12.973/2014 é que o valor justo de ativos e passivos passou a afetar a determinação do ágio (que passou a ser denominado *goodwill*). A partir dessa lei, o contribuinte que fizesse novas aquisições (ou seja, aquisições a partir de 1º de janeiro de 2015) passou a ser **OBRIGADO** a revelar, para fins tributários, o valor justo de ativos e passivos, ou seja, a mais ou menos valia dos itens de ativo e passivo da empresa adquirida.

A impugnante destaca também que a Lei nº. 12.973/2014 trouxe um período de transição, durante o qual as aquisições efetuadas até 31 de dezembro de 2014 puderam gerar amortização de ágio com base na regra anterior, desde que a incorporação entre investidora e investida ocorresse até 31 de dezembro de 2017. Essa norma de transição reconhece que, de fato, as diferenças entre as regras anteriores e as novas regras são relevantes, bem como a importância de preservar o direito daqueles que fizeram as aquisições com base na regra antiga.

Portanto, conclui a impugnante, não há como considerar que parte do ágio corresponda a valor de intangíveis não amortizáveis, uma vez que o sobrepreço foi pago pela expectativa de rentabilidade futura, em perfeita consonância com a legislação vigente à época dos fatos.

DA IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE MULTA ISOLADA POR SUPOSTA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA

A impugnante entende que não pode ser concomitantemente exigida a multa isolada sobre antecipações do imposto apuradas em decorrência das mesmas supostas infrações que originaram o lançamento principal e, conseqüentemente, o lançamento da multa de ofício. Essa situação configura dupla (e inadmissível) imposição de pena ao mesmo fato. Por esse motivo, a multa proporcional, prevista pelo artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 absorve a imposição da multa isolada, que nada mais é do que o fenômeno da consunção.

Entende ainda que a Súmula nº 105 estaria vigente mesmo com as alterações promovidas no art. 44 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 11.488/2007.

Anexa jurisprudência.

DA IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE JUROS MORATÓRIOS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

A impugnante entende que deve ser afastada a cobrança de juros moratórios sobre as multas constituídas no Auto de Infração ora impugnado, lançadas de ofício, considerando que ela afronta, o art. 161 do CTN, o art. 142 do CTN, entre outros.

Anexa jurisprudência.

Por unanimidade de votos, a 8ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 01 julgou a impugnação improcedente, tendo o respectivo Acórdão nº 101-019.052 recebido a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018.

ÁGIO. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL.

A amortização fiscal do ágio somente tem amparo legal quando as empresas adquirente e adquirida se emaranham entre si, a partir de um dos institutos elencados no art. 7º da Lei 9.532/1997 (fusão, cisão ou incorporação), resultando dessa operação a confusão patrimonial entre ambas. Não se permite, em regra, a dedução do ágio se ambas as empresas permanecem ativas após todo o processo de reorganização societária.

MULTA ISOLADA. DECADÊNCIA

Lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN.

MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO PADRÃO. CONCOMITÂNCIA.

À autoridade administrativa não é dada opção de não aplicar as leis vigentes. Ademais, as estimativas mensais configuram obrigações autônomas, que não se confundem com a obrigação tributária decorrente do fato gerador anual. Não há

coincidência de motivação entre as penalidades, sendo distintas tanto as suas causas, quanto os seus fundamentos legais.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

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

Irresignada, a autuada apresentou Recurso Voluntário no trintídio legal, devolvendo ao CARF somente questões de mérito por ela assim sintetizadas:

121. As principais razões de fato e de Direito que justificam a interposição deste Recurso Voluntário e a necessidade de reforma integral da r. decisão recorrida podem ser sumarizadas nos seguintes pontos:

(i) as premissas equivocadas da D. Fiscalização e da r. decisão recorrida – a D. Fiscalização e a DRJ/01 equivocadamente supõem que a Recorrente teria deduzido de forma indevida despesas de amortização de ágio nos anos-calendários de 2016 a 2018. Diz-se que pelo fato de os recursos utilizados na compra da Recorrente terem se originado da Molson Inc., a MXS não seria a investidora das participações societárias, razão pela qual não teria ocorrido o evento de “confusão patrimonial” a que supostamente se reportaria a Lei 9.532/97;

(ii) a r. decisão recorrida, aliás, mostra-se bastante simplória, deixa de considerar inúmeros fatos, documentos, circunstâncias e argumentos apresentados à Impugnação, e apenas sumariza, sem quaisquer referências concretas, as principais alegações do Fisco – não à toa, a parte de mérito dessa decisão tem menos de 10 páginas (fls. 21 – 28);

(iii) as premissas corretas / razões empresariais – A MXS serviu de holding para os negócios que o Grupo Molson, ao expandir suas operações no mercado cervejeiro brasileiro, a partir da aquisição da Bavária e da Kaiser. Ademais, a MXS de fato realizou diversas atividades atinentes à sua função de holding, como a captação de recursos, aumentos e reduções de capital, administração e venda de participações societárias;

(iv) os Fatos deixam claro que o ágio resultante da aquisição do grupo Kaiser é válido e legítimo, pois esses registros: (1) resultaram de aquisições realizadas entre partes não-relacionadas; (2) ocorreram mediante efetivo pagamento de preço pela MXS aos vendedores; e (3) estavam devidamente suportados por laudo de avaliação de empresa especializada e independente;

(v) Fala-se em ausência de comprovação dos valores pagos, mas a Recorrente demonstrou que os docs. 3 a 15 da Impugnação comprovam a improcedência dessas acusações;

(vi) a MXS é a investidora das participações societárias na Recorrente – a MXS efetivamente foi a investidora das ações da Recorrente, já que, nos termos do artigo 481 do Código Civil, essa sociedade efetivamente negociou os investimentos, celebrou contratos, formalizou o financiamento, não havendo, aliás, nenhum elemento que possa eventualmente apontar para a sócia estrangeira dessa entidade como participante do negócio;

(vii) o “rótulo” de “real adquirente” não pode ser uma livre permissão para se desconsiderar a personalidade jurídica de entidades existentes ou para imputar os efeitos fiscais de um dado negócio jurídico a quaisquer outras entidades. Para que se possa falar em “real adquirente” é porque se estaria diante de um “falso”, de um “inverídico” ou de um “irreal” adquirente, enfim, de um típico caso de interposição de pessoas – contudo, isso não ocorre neste caso. Não houve, tampouco, interposição de pessoas. Não se questiona tal fato e não há quaisquer dúvidas a esse respeito neste caso em razão de ausência de atos fraudulentos, simulados, dolosos ou artificiais;

(viii) a MXS não era “sociedade veículo” – a desconsideração da existência da MXS nada mais reflete do que uma tentativa oblíqua do Fisco de reputá-las como meras sociedades de passagem, o que tampouco deve prevalecer. Diversas eram as razões empresariais MXS;

(ix) o mero fato de o grupo Molson ter adquirido participação na Recorrente por meio de entidades residentes no País local não lhe tiraria o direito à amortização do ágio, sob pena de violação ao artigo 23, item 3, da convenção firmada pelo Brasil com Países Baixos contra a dupla tributação, ao artigo 98 do CTN e à Lei nº 4.131, de 3.9.1962. Os recursos aportados eram de titularidade da própria MXS, estavam devidamente registrados perante os órgãos competentes e não se confundem com recursos de terceiros. Não houve nenhuma forma de “transferência” de participações societárias com ágio. A MXS recebeu recursos financeiros – o que é absolutamente normal, dados os valores envolvidos em cada uma das operações –, adquiriu as participações acionárias na Recorrente e foi incorporada pela sociedade adquirida;

(x) indevida desconsideração de operação válida e legítima / opção fiscal do grupo Molson - as alegações de que a MXS não seria “real adquirente” das participações societárias na Recorrente, assim como quanto à suposta inocorrência de “confusão patrimonial”, não encontram respaldo na Lei 9.532/97, nos procedimentos contábeis e mesmo na Lei 12.973/14, que atualmente disciplina essa matéria. Trata-se de uma equivocada tentativa de aplicação do disposto no artigo 116, parágrafo único, do CTN no presente caso;

(xi) a dedutibilidade das marcas e acesso à rede de distribuição está justificada na expectativa de rentabilidade futura avaliada pelo método de fluxo de caixa descontado. O laudo PPA que foi elaborado para atender a legislação norte-americana utiliza metodologia diferente daquela aplicável ao presente caso conforme a Lei 9.537/97. Contudo, por mais que não seja o modo mais correto de

se analisar este caso, não se pode deixar de considerar que, mesmo sob o equivocado ponto de vista da r. decisão recorrida, o custo incorrido pela Recorrente para supostamente adquirir as marcas e o acesso à rede de distribuição ainda seria amortizável e dedutível para fins fiscais, nos exatos termos do artigo 324 do RIR/99 e artigo 126 da IN 1.700/17, por se tratar de aquisição de ativos intangíveis com vida útil definida.

(xii) multa de 50% - a multa isolada de 50% não pode ser exigida de forma concomitante com a multa de ofício ou a qualificada, tendo em vista a posição já sumulada a esse respeito (Súmulas 82 e 105) e a necessidade de aplicação do princípio da consunção. Os diversos precedentes do E. STJ e deste E. CARF apenas confirmam o entendimento da Recorrente quanto ao assunto;

(xiii) multa de ofício e juros - em razão do disposto no artigo 76, inciso II, alínea "a", da Lei 4.502/64, assim como no artigo 100, parágrafo único, e no artigo 112 do CTN - nenhuma multa poderia ter sido aplicada neste caso.

Requer, em conclusão, a integral reforma da decisão recorrida, para cancelamento total da exigência.

Subsidiariamente, na hipótese do julgamento se resolver por voto de qualidade, postula pela aplicação do disposto no artigo 24 da LINDB, no artigo 5º do Decreto 9.830/19, nos artigos 100, parágrafo único, e 112 do CTN, e no artigo 28 da Lei 13.988/20, dada a situação de nítida dúvida objetiva.

Protesta, por fim, pela apresentação de memoriais e que lhe seja oportunizada sustentação oral.

No que se refere aos pedidos para que lhe seja franqueada a sustentação oral e a apresentação de memoriais, esclarece-se, desde já, que tais solicitações seguem ritos próprios, definidos nos termos dos arts. 4º e 10 da Portaria CARF/MF nº 8, de 4 de janeiro de 2024, não bastando sua anotação na peça recursal.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro Fernando Beltcher da Silva, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e cumpre os demais requisitos de admissibilidade, pelo que dele conheço.

PREMISSAS

De antemão, cumpre assinalar que a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, nada prescreve acerca de qualquer desdobramento contábil do valor da aquisição de investimento

avaliado por equivalência patrimonial em subcontas, como as de eventual ágio (*goodwill*) ou deságio (compra vantajosa).

Coube inicialmente ao Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, tratar da segregação contábil do ágio **conforme seu fundamento econômico**. Por pertinente, reproduzo excertos do art. 20 daquele diploma, vigentes à época da aquisição do investimento:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

Desde a Instrução CVM nº 1, de 27 de abril de 1978, passando pela Instrução CVM nº 247, de 27 de março de 1996, as normas emanadas da Comissão de Valores Mobiliários passaram a estabelecer que o custo de aquisição deveria ser desdobrado, nos mesmos moldes delineados no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

Contudo, tais normativos, seguindo, no que importa, o que já previa o Decreto-Lei, não admitiam o desdobramento do custo e a amortização do ágio à revelia de critérios mínimos, que pudessem ser observados especialmente pelos investidores minoritários, quais sejam: (i) a contabilização do ágio desdobrado deveria indicar o fundamento econômico que o determinara; e (ii) a sua amortização, quando, por exemplo, lastreada em expectativa de rentabilidade futura, dar-se-ia **no prazo**, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo tais resultados projetados serem objeto de verificação

anual, a fim de que fossem revisadas as previsões que serviriam de lastro para amortização ou registrada sua baixa integral (art. 14, caput e § 2º, alínea “a”, da Instrução CVM nº 247, de 1996).

Mais ainda. Nos termos do § 5º do art. 14 da Instrução CVM nº 247, de 1996, o ágio que não viesse a se justificar pelos fundamentos econômicos indicados na norma deveria ser imediatamente reconhecido como perda, no resultado do exercício de aquisição do investimento.

Assim, o desdobramento do custo e registro contábil do ágio submeteu-se a rígidos controles: identificação e prova do fundamento econômico; revisão periódica das premissas adotadas para o seu registro; possível baixa ou ajuste contábil, em função de alteração relevante na perspectiva de resultado futuro; e baixa integral do ágio na aquisição da participação societária, quando não identificado o que de fato o motivara.

Os fatos geradores do IRPJ objeto destes autos ocorreram nos anos-calendário 2016 a 2018, ocasião em que a Ciência Contábil não mais admitia a velha prática da amortização linear.

O ágio, com o advento da convergência às normas contábeis internacionais (IFRS), passou a se submeter ao regular teste de recuperabilidade (*impairment*) de que trata CPC 01, aprovado em 6 de agosto de 2010 e divulgado em 7 de outubro daquele ano.

Ou seja, desde a referida convergência a amortização do ágio, quando admitida, é meramente fiscal, sem qualquer impacto negativo na apuração do lucro líquido e, em decorrência, na distribuição de dividendos. Pelo contrário: a amortização fiscal reduz despesas tributárias, incrementando, em decorrência, o lucro da entidade alcançável aos sócios/acionistas.

Contudo, a figura do ágio somente pode refletir na apuração do IRPJ sob as condições legais autorizadoras, a depender, obviamente, do seu fundamento econômico (arts. 25 e 33 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977).

Em se tratando de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, em fundo de comércio, ativos intangíveis ou em outras razões econômicas, o seu proveito dar-se-ia apenas quando da alienação ou liquidação do investimento.

Entretanto, a Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, autorizou, em seus arts. 7º e 8º, a amortização quando os patrimônios da investidora e da investida se confundissem, por fusão, cisão ou incorporação, desde que o ágio se fundamentasse em expectativa de rentabilidade futura:

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

[...]

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a [alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977](#), nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à

incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

[...]

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.

Resumindo: admite-se a amortização fiscal do ágio adequadamente fundamentado na projeção de resultados futuros da investida, desde que atendidos, cumulativamente, os requisitos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532, de 1997, c/c os dos arts. 20 e seguintes do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, quais sejam: ágio pago em operação celebrada em condições normais de mercado, entre partes independentes; laudo que demonstre a expectativa de rentabilidade futura da investida, devidamente arquivado; e confusão patrimonial, decorrente de incorporação/fusão/cisão entre as sociedades investidora e investida.

E é especialmente quanto ao último requisito que contribuintes criativos lançam mão de entidade de prateleira, e/ou de outros artifícios, já que o **efetivo investidor** (o que avaliou, acreditou e decidiu pela aquisição do investimento, desembolsou o valor e assumiu seus riscos) não pretende se confundir com a investida, ou vice-versa – AMBOS continuam a existir.

CONFUSÃO PATRIMONIAL

Partindo para o caso concreto, vejamos, no quadro adiante, como se estruturaram os eventos societários:

Data	Evento	Observação 1	Observação 2	Observação 3
17/12/2001	Criação da pessoa jurídica ZWSPV ENPREEND E PART LTDA	Capital não integralizado de R\$ 500,00	Sócios: José Correia de Brito e Sueli de Fátima Ferreti	
14/03/2002	MOLSON INC adquire ZWSPV, alterando seu nome para MXS DO BRASIL	Adquirente sediada no Canadá		
18/03/2002	KAISER BRASIL (autuada) emite 140,6 milhões de ações ordinárias	Tais ações passaram a representar 56,63% do seu capital social	Os 43,37% restantes, dada a diluição, ficaram com a sua antes controladora integral (KAISER S/A)	

18/03/2002	As novas ações foram <u>subscritas</u> pela MOLSON INC por R\$ 1,93 bi	R\$ 1,7 bi em dinheiro e R\$ 233,7 mi em ações da BAVÁRIA S/A	Preço unitário de R\$ 13,763 (R\$ 1,00 a título de parcela de capital e R\$ 12,763 referentes a ágio)	Novo capital social: R\$ 248.203.951,00 correspondentes a 248.203.951 ações
18/03/2002	Acionistas aprovam aumento de capital da KAISER BRASIL	De R\$ 248.203.951,00 para R\$ 2.042.251.023,00	Mediante capitalização de Reserva de Capital (ágio)	Valor da reserva capitalizada: R\$ 1.794.047.072,00
18/03/2002	KAISER BRASIL e MXS firmaram contrato de mútuo, de R\$ 1,486 bi	MUTUANTE: KAISER BRASIL	Objetivo principal: aquisição das ações da própria mutuante, detidas pela KAISER S/A	
19/03/2002	KAISER S/A, MOLSON e MXS firmaram acordo	MXS adquire os 43,37% das ações da KAISER BRASIL detidas pela KAISER S/A	MXS também adquire KAISERS NORDESTE, PACATUBA e GOIÁS (as duas últimas por R\$ 1,00 cada)	Valor da operação: 1,135 bi (em \$) e 350,7 mi (<u>em ações da MOLSON</u>)
11/04/2002	MXS aliena 49,6 milhões de ações da KAISER BRASIL para HEINEKEN INTERNATIONAL B.V	Ações alienadas representam 20% do capital social da KAISER BRASIL	Valor da operação: US\$ 218,3 mi	
12/04/2002	Acionistas da MXS, diga-se MOLSON INC, aprovam o aumento do seu CS, de R\$ 500,00 para R\$ 1,934,6 bi	Integralizado com as ações da KAISER BRASIL então detidas pela MOLSON	Aquelas 140,6 milhões emitidas em 18/03/2002	
12/04/2002	Nova denominação da ZWSPV/ MXS: KAISER PARTICIPAÇÕES S/A			
30/04/2002	KAISER PACATUBA assume a dívida da mutuária MXS junto à mutuante KAISER BRASIL	Por sua vez, MXS verteu 108 milhões de ações da KAISER BRASIL para PACATUBA, para "liquidar" o débito	Essa versão se deu a título de "dação em pagamento"	Fls. 488 a 490
30/04/2002	KAISER PARTICIPAÇÕES subscreve aumento de capital na PACATUBA	Integralizado mediante transferência das outras 90,4 mi de ações da KAISER BRASIL	Com essas duas operações, PACATUBA ficou com 80% das ações da KAISER BRASIL	Os 20% restantes continuaram com a HEINEKEN

30/04/2002	KAISER BRASIL incorpora KAISER PACATUBA	Registra, nesse momento, R\$ 1,32 bi de ágio	Decorrente da subscrição/aquisição de suas próprias ações	
30/04/2002	Com a incorporação, o capital da KAISER BRASIL foi reduzido em R\$ 1,445 bi (fl. 105), quase na integralidade consequente da extinção da dívida (mútuo) em razão da “confusão” entre incorporadora e incorporada	Não houve cancelamento das ações	Em virtude da operação, as 198 milhões de ações da KAISER BRASIL foram “devolvidas” à KAISER PARTICIPAÇÕES (fl. 106, primeiro parágrafo), titular de 100% das ações da incorporada (fl. 104)	

Esses mesmos fatos deram azo à autuação fiscal na ponta vendedora (KAISER S/A). A referida autuação tinha por objeto a identificação do ganho de capital auferido pela CERVEJARIAS KAISER S/A, quando da subscrição de ações pela MOLSON INC com ágio, chegando-se à conclusão de que o esquema engendrado (casa-e-separa) visava a transferir o ganho à alienante à margem da tributação, mediante aplicação do método de equivalência patrimonial.

A respeito de tais fatos, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, da 1ª Seção de Julgamento deste Conselho, pronunciou-se por meio do Acórdão nº 1401-002.070, do qual reproduzo parte da ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2002

IRPJ/CSLL. DECADÊNCIA. SIMULAÇÃO.

O direito de praticar o ato de lançamento, quanto da ocorrência de simulação, extingue-se após 5 anos, sendo o termo inicial de contagem do prazo o primeiro dia exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, na forma do art. 173, parágrafo único do CTN.

SIMULAÇÃO. CARACTERÍSTICAS.

A simulação é caracterizada pela divergência entre a exteriorização dos atos formalmente praticados e a vontade, a intenção, desejada. Na simulação, os atos praticados pelas partes são desejados apenas na sua forma, mas materialmente deseja-se outro resultado. Na simulação, é irrelevante que os atos formais praticados publicamente sejam lícitos, pois esse fato não influi no cerne da definição de simulação, que é a divergência entre exteriorização e vontade.

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. SIMULAÇÃO.

Caracterizando-se que atos praticados em sequência, com utilização de transformação da forma de constituição de sociedades, aumento de capital com

ágio, atos sucessivos num curto espaço de tempo, denotam a divergência entre exteriorização dos atos praticados com a vontade real, descaracterizando a operação como a de um planejamento tributário lícito, e que levam ao não oferecimento à tributação do ganho de capital ocorrido, mantém-se a autuação realizada.

Trago à colação, por inteiramente a ela aderir, a compreensão unânime² daquele colegiado quanto aos eventos em apreço (relatoria do Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto):

1) A diluição da participação societária da Cervejaria Kaiser S/A (CKSA) na Cervejaria Kaiser Brasil S/A (CKBSA), por meio da subscrição de ações, com ágio de mais de 1.000%, por parte da Molson Inc. O efeito desta subscrição e da diluição da participação da CKSA foi que o resultado da equivalência patrimonial nesta causou uma redução no ganho de capital apurado quando da alienação no montante de R\$ 777.992.100,81.

Nesta operação o que se discute, em síntese, é se a subscrição de ações com ágio por parte da Molson Inc. tinha efetivamente a intenção de formar uma sociedade com a CKSA, ou se a operação foi formatada desta forma apenas para permitir que a diluição da participação da CKSA com a incorporação do ágio ao capital, sem que haja a tributação na incorporação deste ágio ao capital, fazendo com que o resultado da equivalência na CKBSA funcionasse como uma redução do valor do ganho de capital apurado da alienação da CKBSA à MXS do BRASIL S/A.

Visualizando estas operações temos de observar fatos que não decorrem da simples verificação da legalidade dos atos societários.

Repetidas vezes foi informado pela recorrente que a intenção sempre foi a de realizar a alienação da CKBSA e das outras três empresas à Molson. A operação mais lógica para qualquer entendedor comum era o de a Molson chegar à estipulação do preço dos ativos com a CKSA e efetuar o seu pagamento, assumindo o controle acionário integral das empresas.

Não existe nenhum impedimento na legislação de que uma empresa estrangeira seja proprietária de empresa brasileira do ramo de bebidas. Assim o negócio mais simples foi evitado em contrapartida a um negócio bem mais complexo.

Continuando na análise dos fatos ocorridos vemos que em vez de adquirir toda a CKBSA de uma vez a Molson Inc. fez uma subscrição de ações novas emitidas pela CKBSA com o pagamento de um ágio de quase dez vezes o valor do PL.

Com a realização desta operação a participação da CKSA na CKBSA foi reduzida para 43,36%. [...]

[...]

Incontinenti surge outra ação que também não é compreensível num negócio em que deveria ocorrer uma simples compra-e-venda.

² A divergência, vencedora, ateu-se à qualificação da multa e à responsabilização solidária de terceiros.

Essa operação é realizada com o inusitado aumento de capital da empresa MXS DO BRASIL que passou de R\$ 500,00 para o montante de R\$ R\$ 1.934.619.732,00, equivalente a 1.934.619.232 ações de valor unitário. Tal aumento de capital foi integralmente subscrito e integralizado pela Molson Inc. com a transferência das ações recentemente subscritas junto à CKBSA. Assim agindo a MXS DO BRASIL passou a deter o controle da CKBSA, sendo esta mesma controlada pela Molson Inc.

Após este ato, a MXS DO BRASIL adquiriu a totalidade da participação da Cervejaria Kaiser na CKBSA realizando o pagamento com um mútuo obtido junto à CKBSA mais 350.000.000 em ações da Molson Inc.

Apesar dos esforços do recorrente em justificar todos os atos praticados com, frise-se, coerência admirável, é inescapável verificar que o objetivo a ser atingido com a série de atos societários concatenados era, apenas e tão somente, o de obter vantagens de redução da carga tributária e não o de atender a alguma necessidade específica dos intervenientes do negócio.

Realizar o planejamento tributário é tarefa diuturna das empresas, que, neste ponto tem de ser respeitada e aplaudida.

Diferente é utilizar formatos negociais pouco convencionais para atingir um único objeto de fugir da tributação. O que é permitido pela legislação é, diante da expectativa de um ato negocial que possua diferentes formas de execução, possa o contribuinte eleger a que lhe cause menor peso tributário. Esse planejamento é permitido e, mais ainda, deve ser protegido.

Outra coisa é criarem-se formas de associação e dissociação de empresas, em espaços curtos de tempo que demonstram não a intenção de associação, mas sim a simples intenção de reduzir a tributação.

[...]

A participação da empresa MXS DO BRASIL é outra incógnita da qual a recorrente também não apresenta qualquer justificativa, até mesmo porque, neste aspecto tem a seu favor a justificativa que se trata de ato empresarial de terceiros aos quais não tem nenhum conhecimento e, muito menos, justificativa.

Inobstante a inexistência de justificativa é de aparente incoerência, para dizer o mínimo, que a empresa Molson faça a subscrição de ações da CKBSA com ágio elevado, utilize estas ações para integralizar a participação na MXS DO BRASIL e, por fim, ainda conceda mútuo entre as duas de forma a fornecer os recursos para aquisição da CKBSA.

Ou seja, em verdade o dinheiro pelo qual a CKSA alienou o controle da CKBSA é o mesmo dinheiro que foi utilizado na subscrição de capital, que, apenas pelo planejamento concatenado das alterações societárias, foi mutuado à MXS para posterior aquisição da participação da CKSA na CKBSA.

No fim das contas o comprador foi o mesmo Molson Inc., o objeto da venda foi o mesmo (CKBSA) e a vendedora a recorrente. A existência e interveniência da MXS do Brasil S/A nesta operação serviu apenas para disfarçar a compra total da CKBSA pela Molson que, se realizada da forma normal, implicaria na integral tributação do ganho de capital que, ao fim e ao cabo, era o que se tentava evitar pela construção societária.

O Acórdão em comento foi referenciado pelo autuante nestes autos no seguinte trecho do seu relato:

18. O propósito do fatiamento do negócio jurídico foi proporcionar à KAISER S.A. maior remuneração pela venda das ações de sua propriedade, por meio de ganho tributário indevido. A injeção de capital realizada pela MOLSON, que lhe teria dado direito a 56,63% de participação societária na KAISER BRASIL, deu azo, no mesmo momento, à contabilização de ganho por diluição da participação societária, reconhecido por equivalência patrimonial no levantamento do lucro líquido da controladora, que o distribuiu aos acionistas, isento de tributação.

19. O ganho, sem o pagamento de tributos, sobreveio por meio de procedimento simulatório, na medida em que se criou a aparência da simples participação em parte do capital da KAISER BRASIL, via aumento de capital, mas que, na realidade, escamoteava acordo pela aquisição da totalidade da participação societária, por intermédio de compra e venda. A KAISER S.A. não teve sua participação diluída e sim alienada na sua totalidade para MXS, com recursos provenientes da MOLSON INC. Esse procedimento irregular foi objeto de lançamento tributário, mantido em julgamento de recurso voluntário pelo CARF (acórdão nº 1401-002.070 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária).

Na continuidade dos acontecimentos, o Grupo MOLSON - que havia adquirido da Cervejaria KAISER S/A a participação na KAISER BRASIL – aliena o investimento remanescente (80%) para o Grupo FEMSA em **2006**, como assim narra a autuada na impugnação:

Em março de 2002, a então acionista da IMPUGNANTE, Cervejaria Kaiser S.A. ("CKSA", detida pelas empresas do Grupo The Coca-Cola Company e engarrafadoras do sistema Coca-Cola) vendeu sua participação na IMPUGNANTE para o Grupo Molson. Este, por sua vez, vendeu parte de sua participação na IMPUGNANTE, primeiramente para a Heineken (20% das ações), e posteriormente (2006) para o Grupo Femsas.

Tal evento foi assim narrado *en passant* pelo autuante:

11 A amortização fiscal do ágio, no entanto, passou a acontecer apenas a partir de janeiro de 2009 (fls. 592 a 593), quando as participações societárias pertenciam à mexicana FEMSA, que as havia adquirido da empresa canadense em janeiro de 2006. Em janeiro de 2010, a HEINEKEN comprou a divisão de cervejas da FEMSA, que incluía as CERVEJARIAS KAISER, e deu continuidade à dedução nas bases de cálculo do imposto de renda.

Em **29 de agosto de 2007**, com o investimento do Grupo MOLSON na KAISER BRASIL alienado a terceiros (HEINEKEN e FEMSA), decidiu-se pela incorporação da KAISER PARTICIPAÇÕES (outrora MXS) pela autuada (fls. 201/218)³.

Postos os fatos e o arcabouço legal/normativo aplicável, pode-se concluir que quem possuía capacidade de investimento, analisou o negócio, nele acreditou, adquiriu, assumiu riscos e integralmente o alienou foi a MOLSON.

Até o suposto mútuo operou apenas formalmente. Como veremos no tópico destinado à suposta ausência de comprovação de pagamento do preço avençado entre KAISER S/A, MOLSON INC e MXS, os recursos empregados na quitação junto à outrora controladora da autuada, supostamente por esta emprestados à mutuária, encontraram suporte no capital subscrito e integralizado pela MOLSON INC.

Todas as ações da operacional brasileira, adquiridas por MOLSON INC, que serviriam de quitação da suposta obrigação pactuada entre mutuante e mutuária, foram “devolvidas” (em virtude da incorporação da KAISER PACATUBA pela autuada, os acionistas daquela receberam, em substituição, as ações desta).

Relevante destacar que PACATUBA sub-rogou-se na dívida formalmente contraída pela mutuária MXS junto à mutuante KAISER BRASIL. Com a incorporação da primeira pela última, **a dívida foi extinta**, sendo essa a principal causa da redução do patrimônio da incorporadora. Vejamos o que a tal título nos traz o correspondente Protocolo de Incorporação e Justificação (fl. 105):

(v) como a CKPAC é devedora de CKBR da quantia de R\$ 1.488.384.205,30 (um bilhão, quatrocentos e oitenta e oito milhões, trezentos e oitenta e quatro mil, duzentos e cinco reais e trinta centavos), uma vez aprovada a incorporação de que trata o presente instrumento tal débito será extinto, por confusão.

O formal casamento entre KAISER S/A e MOLSON INC na KAISER BRASIL durou um dia.

No final, (a) KAISER S/A ficou com dinheiro e com ações da MOLSON, (b) esta, mediante interposição da KAISER PARTICIPAÇÕES (MXS), permaneceu com 80% das ações da KAISER BRASIL até 2006, quando as alienou; e (c) a última, com o ágio.

Investidora (MOLSON INC) e investida (autuada) continuaram a operar, não se cumprindo o elemento “confusão patrimonial” a legitimar a amortização fiscal do ágio, isso sem levarmos em consideração que 10 (dez) anos antes do período alcançado pela autuação fiscal o investimento já havia sido alienado.

³ Na ocasião da incorporação, a participação acionária da MXS (KAISER PARTICIPAÇÕES) na KAISER BRASIL resumia-se a 0,63%. LATINAMERICAN BEER HOLDINGS LTD era titular de 99,2% das ações da KAISER BRASIL. MXS, por sua vez, era controlada por LATINAMERICAN BEER HOLDINGS LTD (98,5%). Com isso, LABEER detinha, direta e indiretamente, 99,82% das ações da autuada.

Não se trata de discriminar o capital estrangeiro, como quer fazer crer a Recorrente ao invocar o artigo XXIII, item 3, da Convenção celebrada entre os Governos do Brasil e do Canadá, de que trata o Decreto nº 92.318, de 22 de janeiro de 1986⁴, mas de identificar corretamente a jurisdição em que o ágio incorrido irá repercutir na apuração do Imposto sobre a Renda.

O ágio deveria ter sido mantido na jurisdição da investidora (Canadá), do qual lançaria mão quando da alienação do investimento (20% em 2002 e 80% em 2006), para fins de apuração do correspondente ganho de capital, observadas, claro, as regras canadenses.

Ao invés disso, o que se executou foi uma operação casa-e-separa, envolvendo, ainda, pessoa jurídica nacional, de prateleira, que serviu de veículo para aquisição e venda do investimento e, no que nos toca, internalização do ágio.

Saliente-se, ainda, que em momento algum o autuante valeu-se do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional. O que prevaleceu, ao fim e ao cabo, foi a essência, em detrimento dos atos societários formalmente estruturados de modo a, indevidamente, internalizar/transferir o ágio.

Nessa linha, como o fizeram o autuante e o colegiado de primeira instância, valho-me da ementa do Acórdão 9101-002.188, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

Para ilustrar, trago outro precedente, o qual se amolda ao presente caso, já que a operação como um todo visava à ocultação de ganho de capital experimentado pelo alienante da participação societária e à internalização do ágio na investida, mediante uso de entidade veículo (Acórdão nº 9101-006.897, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais):

⁴ No recurso, a Recorrente equivocadamente referencia o Decreto nº 355/1991, que promulgou a Convenção celebrada entre o governo brasileiro e o do Reino dos Países Baixos.

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONTEXTO DE OPERAÇÃO PARA OCULTAR OPERAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL. EFEMERIDADE DO TRÂNSITO DE RECURSOS. INCORPORAÇÃO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS DIVERSOS. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO ÁGIO AMORTIZADO.

[...] Demonstrado, contudo, que todas as negociações foram realizadas e que a transferência dos recursos das empresas no exterior poderia ter se dado diretamente à investida, tendo somente transitado efemeramente pelas contas da “empresa veículo” - e sem qualquer demonstração de qualquer restrição regulatória ou necessidade de sua interposição - de modo a viabilizar uma artificial confusão patrimonial entre investida e a aparente investidora, o aproveitamento tributário do ágio não é válido, mormente quando a utilização da “empresa veículo” e a formação do ágio se deram em típica operação com o intuito de ocultar o ganho de capital do alienante na participação societária adquirida.

E, por fim, a não qualificação da multa de ofício cominada não serve de muleta para o cancelamento da exigência.

Se de um lado o autuante não suscitou a caracterização de sonegação, fraude ou conluio, a reclamar a exasperação da penalidade com suporte nos arts. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, de outro indicou, precisamente, os dispositivos legais infringidos, aptos a fundamentarem o lançamento de ofício.

Pelo exposto, julgo indevida a amortização fiscal do ágio, por ausência de confusão patrimonial entre a investidora e a investida, especialmente no presente caso, em que se constata outras anomalias (operação casa-e-separa e incorporação da pessoa jurídica veículo quando já alienada a participação societária na autuada a terceiros).

POSTERGAÇÃO DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

A Solução de Consulta Cosit nº 223, proferida em 26 de junho de 2019, trazida à baila pelo autuante, reporta-se a fatos um tanto diversos dos aqui discutidos, já que lá a consulente dizia que o investimento somente lhe traria resultados positivos passada uma década da confusão entre investidora e investida. Até então, experimentar-se-iam prejuízos:

9. Argumenta que, de acordo com as expectativas de geração de caixa e lucratividade da Companhia, consideravelmente afetadas pela crise econômica em curso no Brasil, a Consulente entende que a amortização do Goodwill somente terá fundamento econômico efetivo de rentabilidade futura a partir de 2027, ou seja, 10 anos após sua incorporação, momento em que se vislumbra uma efetiva lucratividade dessa sociedade a ser incorporada pela Companhia.

Por dever de lealdade, cumpre assinalar que a autoridade fiscal se valera da confusão patrimonial havida entre a KAISER PACATUBA e a autuada em abril de 2002, para, afastados os demais óbices, determinar-se o termo inicial da amortização do ágio vertido naquela ocasião para a KAISER BRASIL.

A Recorrente, por seu turno, defende que deva ser considerado o momento da incorporação da KAISER PARTICIPAÇÕES (MXS), pois, na sua compreensão, esta seria a investidora. Porém se esquece de que quando da suposta confusão patrimonial, em agosto de 2007, o investimento houvera sido alienado a terceiros, em 2006.

O que emerge daqueles atos societários, no contexto da operação casa-e-separa, é a mera transferência do ágio da pessoa jurídica veículo (KAISER PARTICIPAÇÕES/MXS) para a investida (KAISER BRASIL) em 2002, com trânsito na PACATUBA.

O argumento da Fiscalização, se isoladamente considerado, somente se sustenta em razão de que a amortização não poderia ir além do que projetado em laudo, como passo a abordar.

A sociedade de auditoria externa, contratada à época dos fatos, vislumbrou vários cenários, tendo por metodologia: (i) os fluxos de caixa descontados, utilizando, dentre outras referências, premissas da administração da autuada e estudos desenvolvidos pela MOLSON INC; e (ii) a análise de múltiplos de bolsa de valores e transações selecionadas. **Mas todos limitados ao intervalo 2002-2012** (fls. 269/364, documento repetido às fls. 1877/1972).

O autuante embasou o lançamento também na constatação de que decorreria o prazo para a amortização do ágio, afirmando que **não seria admitida após 2012**.

De fato, para o período da autuação fiscal (2016-2018) **não há** expectativa de resultados futuros lastreada em laudo que pudesse aferir e permitir o encontro de contas entre o ágio amortizado e o lucro esperado.

Como dito alhures, as regras atinentes ao desdobramento do custo e à amortização do ágio, inclusive contábeis, são rígidas e não abarcam a situação evidenciada na autuada, que justifica, sem razão, a “postergação” na ulterior incorporação da MXS, ocorrida em 2007, que à época **sequer era detentora do investimento**, que, se existente, viria a ser liquidado com o evento societário.

Disso resulta que, se admitida fosse a dedução fiscal, nos moldes em que processadas as operações, o ágio deveria ter sido amortizado até 2012, pois essa foi a projeção de resultados futuros que, corretamente ou não, teria motivado o investidor, sem que haja qualquer laudo, ou documento similar, que lastreie a decisão tomada em 2002 a afetar a apuração do IRPJ em 2016, 2017 e 2018.

Embora pareça que a autoridade fiscal se socorrera tão somente da Solução de Consulta referida, não seria nem mesmo necessário invocá-la, já que o entendimento do autuante está em perfeita sintonia com o que aqui exposto, como se percebe no Termo de Verificação FISCAL (grifos nossos):

A finalidade da norma legal é clara. O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da pessoa jurídica adquirida deve ser amortizado **na proporção da realização desses resultados e em consonância com a expectativa desses**

lucros, fixada na demonstração desse fundamento, muito embora o limite máximo anual previsto na lei deva ser respeitado.

Assim, essa razão da autuação também deve ser cumulativamente avaliada, sendo fundamento autônomo e bastante para a manutenção da glosa do ágio indevidamente amortizado.

AUSÊNCIA DE COMPROVANTES DE PAGAMENTO

A Recorrente afirma que os documentos necessários à comprovação do valor despendido pelo investidor foram trazidos aos autos, fazendo referência, especificamente, aos “docs. 3 a 15 da Impugnação”.

O “doc. 3” é a Ata da Assembleia Geral Extraordinária (“AGE”) realizada às 15h de 18 de março de 2002, ocasião em que foi deliberado e aprovado o aumento do capital social da autuada, mediante emissão de 140.569.706 ações ao preço unitário de R\$ 13,763 (R\$ 1,00 a título de parcela de capital e R\$ 12,763 referentes a ágio), subscritas pela MOLSON INC e integralizadas (R\$ 1,7 bilhão em espécie, e R\$ 233,7 milhões em ações da BAVÁRIA S/A).

O “doc. 4” da impugnação é o Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças, celebrado no dia seguinte, 19 de março de 2002, entre Cervejarias Kaiser S/A, MXS e MOLSON INC. Naquela oportunidade, ficou ajustada a aquisição das ações da KAISER BRASIL e das demais (NORDESTE, PACATUBA e GOIÁS) detidas pela KAISER S/A, ao preço de R\$ 1.135.033.529,63 em espécie e R\$ 350,7 milhões em ações da MOLSON INC. E é exatamente o pagamento em espécie em questão que não ficou comprovado, como assim relata o autuante:

Não nos foi entregue o comprovante do efetivo pagamento do valor desembolsado pela aquisição das participações societárias discriminadas no Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças, assinado em 19/03/2002.

O “doc. 12” é um extrato bancário da Recorrente, relativo aos movimentos em conta por ela mantida no ING BANK no período de 18 a 31 de março de 2002. Tal documento revela o crédito efetuado pela MOLSON em 18 daquele mês (R\$ 1,7 bi), mas, isoladamente, nada esclarece quanto ao que exigido pelo autuante, a respeito do adimplemento do valor devido à KAISER S/A pela MXS.

O “doc. 13” é o contrato de câmbio dos R\$ 1,7 bi remetidos à autuada pela MOLSON, quando do aumento do capital.

O “doc. 14” é o Termo de Transferência de Direitos e Obrigações Decorrentes de Instrumentos de SWAP, de 19 de março de 2002, mediante o qual a autuada cedeu para KAISER S/A os direitos decorrentes dos termos de adesão a contrato de SWAP, totalizando R\$ 1,184 bilhão (outro documento, no mesmo anexo, apontaria para R\$ 1,262 bilhão). Tais valores estariam compatíveis com os que aplicados pela autuada em 18 de março de 2002, data de ingresso dos R\$ 1,7 bilhão.

Tal cessão teve por *objetivo específico* a liquidação das *obrigações financeiras contraídas por Cervejarias Kaiser Brasil S.A. no âmbito do “Partnership Agreement”, datado de 19/03/2002, firmado entre Cervejarias Kaiser Brasil S.A., MXS do Brasil S.A. e outras empresas, obrigações essas ora devidas a Cervejarias Kaiser S.A.*

Embora, a meu sentir, o pagamento à KAISER S/A reste comprovado, o modo empregado pelos envolvidos é mais um elemento revelador do “**casa-e-separa**” e reforça a ideia de que a contratação de mútuo entre a autuada e a mutuária MXS (“doc. 7” da impugnação) não passou de uma farsa e que o efetivo valor aportado pela MOLSON INC serviu de lastro para a quitação do devido à KAISER S/A.

De qualquer modo, essa razão invocada pelo autuante (ausência de comprovantes de pagamento) não se sustenta.

ÁGIO - ERRO DE MENSURAÇÃO

A Recorrente havia demonstrado como se dera a composição do ágio⁵, levando em consideração dois eventos, totalizando R\$ 1.625.684.680,00:

Evento 1: Compra das ações da CKBR pela MXS, tendo como vendedor os antigos acionistas de CKBR em 18/mar/2002	
	PL 18.03
	18/03/2002
Compra de 107.634.244 ações da CKBR pela MXS {a}	1.934.616.778
% de ações adquiridas	0,566347576
Patrimônio líquido da CKBR {b}	1.790.270.233
Investimento da MXS na CKBR	1.013.915.207
Ágio pago pela MXS na compra das ações	920.701.571

b) Evento 2: Aumento de capital pela Molson com as ações da CKBR	
ainda em março/2002	
	Valor BRL

⁵ Planilha objeto do Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 365.

Valor do aumento de capital na MXS {c} - pág.6	1.481.338.134
% das ações contribuídas	0,43365242401
% total de participação na CKBR após aumento de capital na MXS	1,0000
PL da CKBR em 18/03/2002	1.790.270.233
Investimento original de 43,3652% das ações	776.355.026
(+) Investimento em 43,36% das ações recebidas de Molson Inc.	776.355.026
Total da conta investimento em CKBR após o aumento de capital	1.790.270.233
Ágio pago na aquisição de 56,6348% das ações	920.701.571
(+) Ágio na aquisição de 43,63% das ações	704.983.108
Total do ágio no investimento da MXS na CKBR	1.625.684.680

Do total apurado pela pessoa jurídica foram deduzidos: 20% em razão da alienação das ações à HEINEKEN, e os R\$ 46.482.008,00 amortizados em 2002, remanescendo R\$ 1.254.065.736.

O autuante se insurgiu contra a mensuração do ágio apresentada pela autuada no curso do procedimento fiscal, chegando à conclusão de que o valor total a ser amortizado, superados os óbices legais/normativos, seria de R\$ 1.181.529.952,41, restando apenas R\$ 204.155.546,21 para consumo no período da autuação:

No cenário montado pelas partes, a aquisição da totalidade das ações da KAISER BRASIL teria ocorrido em duas etapas: na primeira, houve a injeção pela MOLSON INC de R\$ 1.934.616.778,00, destinada ao pagamento devido por 56,63% das ações, e, na segunda, a MXS DO BRASIL teria adquirido, especialmente, o restante da participação societária na KAISER BRASIL por R\$ 1.481.338.134,00.

Leitura apressada das informações dispostas no parágrafo anterior, igualmente refletida na memória de cálculo contendo a apuração do ágio, poderia induzir à conclusão de que foram despendidos R\$ 3.415.954.912,00 para se ter a propriedade de todas as ações da KAISER, porém a realidade ganhou contornos diversos.

Embora a empresa tenha alegado não ter sido formalizado contrato para regular o exercício dos direitos e das obrigações advindos da injeção de capital da MOLSON na KAISER BRASIL, a compra da totalidade da participação societária já estava acordada desde o primeiro momento, pois, no mesmo dia em que se aportou o capital, firmou-se extravagante contrato de mútuo para a compra do restante das ações, utilizando-se, para eventual pagamento, dos recursos que haviam sido

colocados na empresa no momento da integralização do aumento de capital. Não houve outra contribuição financeira.

Apesar de não ter sido entregue o comprovante do efetivo pagamento pelas ações adquiridas, o valor máximo que teria sido empregado pela MOLSON seria de R\$ 1.481.338.134,00, uma vez que era esse o montante previsto no Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças a ser recebido pela KAISER S.A. em retribuição pela totalidade das ações das empresas sob seu controle. O mencionado valor deu acesso à MXS à 100% das ações e não à parte delas, como apressadamente poderia se concluir.

[...]

O resultado da equivalência patrimonial apurado pela KAISER S.A., no que toca à participação no capital da KAISER BRASIL, foi de R\$ 776.355.026,00, ocultando ganho tributário de R\$ 263.960.708,00 (R\$ 776.355.026,00 x 34%), não obstante o prejuízo de quase 300 milhões de reais apurado no período compreendido entre 01/01/2002 e 18/03/2002.

Como o prejuízo contábil acumulado no ano de 2002, até a data da transação objeto desta fiscalização, poder ter levado o patrimônio líquido da KAISER BRASIL para o campo negativo, o ágio cinge-se ao valor pago pelas participações societárias, consoante decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, cujo excerto da ementa exarada nº 1101-00.766, transcrevemos a seguir:

[...]

Há, também, a respeito do cálculo do ágio, outra irregularidade que dever ser observada, embora de menor monta. Consta na cláusula 3.2.ii, do Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças, a aquisição de 2,93% de ações da KAISER NORDESTE, de propriedade de KAISER S.A., por R\$ 4.425.693,48. A KAISER NORDESTE não foi incorporada e, portanto, se houve pagamento de ágio, não é possível a amortização enquanto não ocorrida a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida.

Dessa forma, o ágio máximo admissível, se superadas todas as vedações legais a seguir demonstradas, seria de R\$ 1.181.529.952,41 [(R\$ 1.481.338.134,00 - R\$ 4.425.693,48) x 0,8], levando-se em consideração à venda de 20% das ações para a HEINEKEIN. Como a empresa efetuou amortização contábil de R\$ 46.382.008,00 em 2002 e mais R\$ 930.992.398,20 até 31/12/2015, restariam R\$ 204.155.546,21 para serem descontados das bases de cálculo do imposto de renda.

Não há controvérsia, portanto, quanto à baixa de 20% do ágio, em razão da venda de ações para a HEINEKEN, permanecendo, claro, o contencioso adstrito à base de cálculo. A baixa em razão da amortização em 2002 também é incontroversa.

Pois bem, tenho que não há evidências claras e argumentos contundentes da autoridade fiscal quanto ao aludido erro, pois restringira sua avaliação à operação final, de efetiva

saída da KAISER S/A do negócio. Dadas as especificidades do caso concreto, a operação deve ser analisada em sua inteireza.

Concordando com a Recorrente quanto a esse **isolado** tópico, entendo não haver vedação para mensuração e desdobramento do ágio quando da subscrição de ações pela MOLSON INC por R\$ 1.934.616.778, sendo esse o único e efetivo sacrifício financeiro da investidora para o ingresso, a aquisição do total das ações e, residualmente, capitalização da auçada.

Isso porque a subscrição é espécie do gênero aquisição e a Instrução CVM nº 247, de 1996, vigente à época dos fatos, fazia expressa referência àquela como um evento a determinar o desdobramento do custo, não chegando a conflitar, a meu ver, com o estabelecido no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 (grifos nossos):

Art. 13. Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada e controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:

I - equivalência patrimonial baseada em demonstrações contábeis elaboradas nos termos do artigo 10; e

II - **ágio** ou **deságio** na aquisição ou **na subscrição**, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.

Art. 14. O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou **subscrição** do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.

Ilustro com precedentes:

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - O ágio na subscrição de ações deve ser calculado após refletido o aumento do patrimônio líquido da investida decorrente da própria subscrição. O ágio corresponde à parcela do valor pago que não beneficia, via reflexa, o próprio subscritor. A subscrição é uma forma de aquisição e de o tratamento do ágio apurado nessa circunstância deve ser o mesmo que a lei admitiu para a aquisição das ações de terceiros. [Acórdão nº 105-16.774, da 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes]

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. Se o efetivo pagamento em moeda foi acordado e comprovado, por empresas associadas entre si, como contrapartida pela alienação das participações acionárias, devem ser consideradas dedutíveis as despesas com a amortização do ágio contabilizado. [Acórdão nº 1302-002.013, da 2ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento]

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. A operação societária de subscrição de ações equipara-se a uma aquisição. A subscrição de ações é uma forma de aquisição e o tratamento do ágio apurado nessa circunstância é o previsto na legislação em vigor (artigos 7º. e 8º. da Lei 9.532/1997). [Acórdão nº 9101-001.657, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais]

Ademais, a autuada nunca defendeu que o ágio atingira R\$ 3.415.954.912,00. Nem o poderia, pois o valor do investimento original (injeção de recursos pela MOLSON, em dinheiro e em ações da BAVÁRIA) serviu de lastro para o divórcio entre os acionistas.

Assim, não vislumbro elementos suficientes a infirmar a mensuração inicial a tal título realizada pela autuada.

Portanto, esse argumento do autuante não se sustenta.

ÁGIO - ERRO DE FUNDAMENTAÇÃO – ATIVOS INTANGÍVEIS IDENTIFICÁVEIS

Restou evidenciado que a investidora MOLSON identificara, precisamente, parcelas atribuíveis a ativos intangíveis, a fim de justificar a operação em relatório endereçado a órgão estrangeiro de controle.

Na conclusão das operações no Brasil, tudo que superou o patrimônio líquido da investida foi atribuído à expectativa de rentabilidade futura, no intuito de se valer de hipótese de amortização fiscal que não abarcaria o sobrepreço alusivo aos ditos ativos.

Do relato do autuante, que se sustenta em respeitável doutrina contábil, que com esmero cita, e na legislação igualmente referida neste voto, reproduzo os respectivos excertos, também adotados, mercedamente, pelo colegiado de primeira instância:

O laudo econômico-financeiro encomendado pela MOLSON INC. faz uso do método do fluxo de caixa descontado. A despeito de avaliar o valor da participação societária que se pretendia adquirir com base em projeções de rentabilidade da empresa, trata-se apenas de um método que o comprador pode utilizar para avaliação. Como asseverado anteriormente, pode se fazer uso do método que melhor aprover às partes para valorar o empreendimento que está sendo transacionado.

A expectativa da rentabilidade é valor residual a ser apurado depois de valorados a mercado os passivos e os ativos identificáveis, e esse levantamento não se encontra presente naquele relatório técnico, lembrando que o §3º, do inciso II, do artigo 385 do RIR/99, exige que na hipótese que impacta diretamente a apuração do lucro real (ágio por rentabilidade futura) a fundamentação deve estar escorada em demonstração que será arquivada como comprovante da escrituração.

Outro estudo, também encomendado pela MOLSON INC, mas mantido distante do escrutínio das autoridades brasileiras, teve suas conclusões reveladas nas informações prestadas pela empresa a Securities and Exchange Commission – SEC, agência do governo dos Estados Unidos da América.

No documento intitulado SCHEDULE 14A, a MOLSON INC, detalhou a composição do sobrepreço pago na aquisição das CERVEJARIAS KAISER. Consta na página R-9 e R-10 da declaração prestada às autoridades norte americanas que, da composição do preço, 325 milhões de dólares canadenses devem ser alocados ao valor das

marcas e 35 milhões de dólares canadenses são atribuídos ao direito de acesso às redes de distribuição. (fls. 1.293 e 1.294).

Utilizando-se a cotação do dólar canadense do dia 19/03/2002 (1,47863), o valor dos dois intangíveis identificáveis, avaliados em 360 milhões de dólares canadenses, equivale a R\$ 532.306.800,00.

A parcela do ágio contabilizado como rentabilidade futura para fins fiscais (marcas e acesso à rede de distribuição), não poderia ser deduzida na apuração do imposto de renda, haja vista que engloba valores que devem ser imputados à avaliação de certos intangíveis identificáveis, que por sua natureza ou não são amortizáveis ou depreciáveis ou são contemplados por regime jurídico próprio que regem o momento e quantidade a ser deduzida na base de cálculo do imposto.

As parcelas do ágio que vem sendo deduzidas como se decorressem da rentabilidade futura da adquirida, mas que devem ser imputados à avaliação de intangíveis identificáveis (marcas e acesso à rede de distribuição), não são amortizáveis ou tem sua dedutibilidade na base de cálculo do imposto vedada, quando surgidos no bojo de uma combinação de negócios.

Marcas têm vida útil indefinida, uma vez que se espera que o produto com a marca comercial gere fluxos de caixa líquidos indefinidamente para a entidade, no pressuposto de que terá continuidade no futuro. Portanto, não são depreciáveis ou amortizáveis, nem contábil nem tributariamente. O regulamento do imposto de renda é explícito ao admitir apenas a amortização dos direitos de vida limitada: [...]

Quando se alocam ativos de vida útil indefinida ao ágio por rentabilidade futura, que tributariamente tem vida útil de no mínimo 5 anos, cria-se uma redução ilegal e indevida da base tributária.

A parcela do sobrepreço paga pela aquisição da participação societária, que deve ser conferida ao acesso à rede para a distribuição dos produtos da adquirida também não é amortizável, conforme claramente determinado no inciso II, do art. 7º, da Lei nº 9.532, de 1997, base legal do artigo 386 do RIR/99, antes transcrito.

Os valores atribuídos às marcas e ao direito ao acesso à rede de distribuição não estavam reconhecidos no balanço da adquirida, não compunham seu patrimônio líquido, mas faziam parte do preço total de aquisição. Desse modo, mesmo que não tenha havido a individualização dos intangíveis no ativo da adquirida após a concretização do negócio, requer-se que seus valores sejam descontados do ágio pago pela participação societária, para fins de apuração da quantia amortizável nas bases de cálculo do imposto de renda.

Dito isso, descontando-se os itens que não podem compor o ágio resultante do pagamento pelos lucros futuros da investida, o valor máximo que poderia ser amortizado, se fosse superado o impeditivo legal atinente a não ocorrência de

confusão patrimonial entre a adquirida e real adquirente, seria de R\$ 649.223.152,42 (R\$ 1.181.529.952,42 - R\$ 532.306.800,00).

A requalificação do ágio atribuível aos ativos intangíveis (R\$ 532.306.800,00), indevidamente fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, faz com que **não haja** parcela passível de amortização naqueles anos 2016, 2017, e 2018:

Total do ágio no investimento da MXS na CKBR, segundo o contribuinte	1.625.684.680
(-) Ágio atribuível aos ativos intangíveis	(532.306.800)
= Ágio atribuível à expectativa de resultados futuros	1.093.377.880
(-) Ágio atribuível à expectativa de resultados futuros baixado em 2002, em razão da alienação de 20% das ações à Heineken	(218.675.576)
(-) Ágio amortizado em 31/12/2002	(46.482.008)
= Ágio atribuível à expectativa de resultados futuros ajustado	828.220.296
(-) Ágio amortizado entre 2009-2015	(930.992.398)
Saldo	(102.772.102)

Conclui-se que a indevida classificação de ágio associado a intangíveis, como se de expectativa de rentabilidade futura fosse, é fundamento autônomo para manutenção integral da exigência fiscal.

MULTA DE OFÍCIO – MULTA ISOLADA - CONCOMITÂNCIA

No que tange à indevida concomitância da multa de ofício com a multa isolada, por inadimplemento de estimativas mensais, o recurso também não merece acolhida.

É bem verdade que diversas decisões do CARF caminhavam no sentido pretendido pela Recorrente, a ponto de a compreensão resultar na edição da Súmula CARF nº 105:

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

Ocorre que a base legal das penalidades (de ofício e isolada) sofreu sensível alteração, passando a ser contundente quanto à determinação das exigências (grifos nossos):

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

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

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

[...]

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.

Há quem entenda que o racional da Súmula CARF nº 105 deva prevalecer, independentemente da redação acima descrita promovida pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, resultante de projeto de conversão da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007.

Respeitosamente, discordo.

O contribuinte **optou** pela apuração anual do IRPJ. Tal escolha traz consigo a **obrigação** de antecipar mensalmente a exação, sob o rótulo de estimativa. O não cumprimento deste dever carrega consigo uma sanção legalmente prevista, ainda que a pessoa jurídica apure base de cálculo negativa da contribuição no encerramento do exercício (Súmula CARF nº 178).

Verificada a transgressão, incumbe à autoridade fiscal a aplicação da penalidade, pois a atividade administrativa de lançamento é plenamente vinculada, sob pena de responsabilização funcional (art. 142 do Código Tributário Nacional).

As multas de ofício e isolada incidem em circunstâncias completamente distintas, ocorridas em momentos distintos, e são calculadas de modos diversos. Não há identidade de hipótese de incidência, de temporalidade, de base impositiva, nem mesmo de alíquota.

Considerada a alteração promovida no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, sobrevieram incontáveis julgados deste Conselho em sentido contrário ao almejado pela Recorrente. Trago exemplos:

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

Ano-calendário: 2008

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO A PARTIR DE 2007. LEGALIDADE.

A partir do ano-calendário 2007, a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao afirmar que "serão aplicadas as seguintes

multas". **[Acórdão nº 9101-006.602, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais]**

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

Ano-calendário: 2007

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO A PARTIR DE 2007. EXIGÊNCIA DEPOIS DO ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO. LEGALIDADE.

A partir do ano-calendário 2007, a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário. **[Acórdão nº 9101-006.543, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais]**

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

[...]

IRPJ E CSLL. MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. ANO-CALENDÁRIO ENCERRADO. POSSIBILIDADE.

A lei autoriza a imposição de multa isolada sobre a falta ou insuficiência de recolhimento das estimativas mensais após encerrado o ano-calendário, não se confundindo esta penalidade com a multa de ofício sobre o imposto devido apurado no encerramento do período. A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTO DEVIDO. POSSIBILIDADE.

A multa exigida isoladamente sobre a falta de recolhimento das estimativas mensais é de natureza diversa da multa proporcional incidente sobre a insuficiência de recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, no regime do lucro real anual. A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória no 351/2007 (posteriormente convertida na Lei no 11.488/2007) no art. 44 da Lei no 9.430/1996 deixa clara a possibilidade de aplicação de ambas as penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. No caso em análise, não se aplica a Súmula CARF no 105, pois a multa isolada foi exigida após as alterações

promovidas pela referida Medida Provisória no 351/2007. **[Acórdão nº 9303-014.450, da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais]**

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2004

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE, PARA FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.

O disposto na Súmula nº 105 do CARF, que diz que a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44, § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício, aplica-se somente aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, que foi alterada pela MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007. Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, em sua nova redação, de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativas mensais, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente. **[Acórdão nº 9303-010.833, da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais]**

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2007

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

No caso de falta de recolhimento de estimativa mensal, o art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, com alterações promovidas pela Lei nº 11.488 de 2007, prevê a imposição de multa de 50%, mesmo no caso de apuração de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL, sendo exigida isoladamente, de modo que pode ser exigida mesmo após o encerramento do exercício. Tal entendimento está expresso na súmula CARF nº 178.

[...]

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A partir do ano-calendário 2007, a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A

redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário. **[Acórdão nº 1001-002.943, da 1ª Turma Extraordinária/1ª Seção de Julgamento, relatoria do Conselheiro Sidnei de Sousa Pereira]**

Assim, rejeito a alegação de indevida concomitância, bem como a aplicação do princípio penal da consunção.

DA ABUSIVIDADE DA MULTA DE OFÍCIO COMINADA A 75%

O pedido para que a multa de ofício seja reduzida a um patamar razoável foge à competência do julgador administrativo.

É que as considerações acerca da graduação ou conveniência da penalidade, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade lançadora, tampouco do julgador, uma vez que definida objetivamente pela lei.

Qualquer pedido ou alegação que ultrapasse a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento às normas legais vigentes, como a contraposição a princípios constitucionais (não-confisco, razoabilidade e proporcionalidade), somente podem ser conhecidos pelo Poder Judiciário, a via competente (Súmula CARF nº 2).

DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO

Subsidiariamente, na hipótese do julgamento se resolver por voto de qualidade, a Recorrente postula pela aplicação do disposto no artigo 24 da LINDB, no artigo 5º do Decreto 9.830/19, nos artigos 100, parágrafo único, e 112 do CTN, e no artigo 28 da Lei 13.988/20, dada a situação de nítida dúvida objetiva.

É cediço que o processo administrativo fiscal é regido pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Tanto o art. 24 da LINDB, quanto o art. 5º do Decreto 9.830/19, que a regulamenta, aludem à prevalência das orientações gerais da época (em que ocorridos os fatos). Ocorre que este CARF pacificou a questão, traduzida no verbete da Súmula CARF nº 169:

O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal.

Quanto ao art. 100 do Código Tributário Nacional, a autuação fiscal, ainda que venha hipoteticamente a ser mantida por voto de qualidade, não viola: atos normativos; decisões de jurisdição administrativa (a que a lei atribua eficácia normativa); práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; e tão pouco convênios celebrados entre os entes federados.

O voto de qualidade, enquanto critério de desempate em julgamento processado em órgão administrativo de composição paritária (representantes dos contribuintes e da Fazenda), é **opção do legislador**, em relação à qual qualquer indignação deve ser endereçada ao Poder Judiciário, não podendo a administração usurpar competência mediante aplicação do art. 112 do CTN.

A medida tida por adequada pelo Poder Legislativo foi pelo restabelecimento do voto de qualidade, ao revogar o dispositivo introduzido na Lei nº 10.522/2002 (art. 19-E) pelo art. 28 da Lei 13.988/20.

Logo, nada há a ser subsidiariamente aplicado ou atendido.

CONCLUSÃO

Não pretendo, nem poderia, demonizar o ágio, mas tão somente o exercício indevido do mesmo, que, cedo ou tarde, dele se terá proveito, por ser revelador de sacrifício financeiro de quem efetivamente acreditou e assumiu os riscos do investimento, resida onde residir o investidor.

No caso concreto, em que pese o contribuinte haver provado o pagamento por si diretamente efetuado à CERVEJARIAS KAISER S/A, no contexto da operação casa-e-separa, bem como restar em parte mantida a mensuração do ágio pelo sujeito passivo, o recurso não merece provimento, pois:

- a) não houve confusão patrimonial entre o investidor (MOLSON INC) e a investida (autuada);
- b) a indevida inclusão de valores de ágio atinentes a ativos intangíveis, **precisamente identificados** pelo investidor (MOLSON), torna insubsistente a amortização processada nos períodos da autuação fiscal, sendo fundamento bastante para a manutenção integral da exigência;
- c) a postergação da amortização não encontra lastro em premissas consubstanciadas em documento analítico próprio (laudo ou instrumento similar);
- d) as amortizações do ágio foram efetuadas pelo contribuinte quando o investimento sequer era mais detido pelo formal investidor (MXS/KAISER PARTICIPAÇÕES), pessoa jurídica interposta por MOLSON INC, posto que alienado em 2006 a terceiro (Grupo FEMSA);
- e) não resta caracterizada a indevida concomitância da multa de ofício com a multa isolada (por estimativas inadimplidas);
- f) ao julgador administrativo não compete o pronunciamento quanto à abusividade/razoabilidade/graduação da penalidade legalmente prevista; e
- g) os pedidos subsidiários, atinentes a eventual deslinde por voto de qualidade, não merecem acolhida.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Fernando Beltcher da Silva

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque.

Em que pese o respeitável e substancial voto do Conselheiro Relator, entendo que a operação que ensejou a amortização fiscal do ágio revelou substância econômica e independência das partes envolvidas, inexistindo razões para considerá-la artificial, razão pela qual passo a manifestar meu voto através da presente declaração.

O TVF aponta às fls. 1663 os fundamentos iniciais para considerar artificial a operação societária realizada, sob os seguintes termos:

Embora a empresa tenha alegado não ter sido formalizado contrato para regular o exercício dos direitos e das obrigações advindos da injeção de capital da MOLSON na KAISER BRASIL, a compra da totalidade da participação societária já estava acordada desde o primeiro momento, pois, no mesmo dia em que se aportou o capital, firmou-se extravagante contrato de mútuo para a compra do restante das ações, utilizando-se, para eventual pagamento, dos recursos que haviam sido colocados na empresa no momento da integralização do aumento de capital. Não houve outra contribuição financeira.

17 Apesar de não ter sido entregue o comprovante do efetivo pagamento pelas ações adquiridas, o valor máximo que teria sido empregado pela MOLSON seria de R\$ 1.481.338.134,00, uma vez que era esse o montante previsto no Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças a ser recebido pela KAISER S.A. em retribuição pela totalidade das ações das empresas sob seu controle. O mencionado valor deu acesso à MXS à 100% das ações e não à parte delas, como apressadamente poderia se concluir.

18 O propósito do fatiamento do negócio jurídico foi proporcionar à KAISER S.A. maior remuneração pela venda das ações de sua propriedade, por meio de ganho tributário indevido. A injeção de capital realizada pela MOLSON, que lhe teria dado direito a 56,63% de participação societária na KAISER BRASIL, deu azo, no mesmo momento, à contabilização de ganho por diluição da participação societária, reconhecido por equivalência patrimonial no levantamento do lucro líquido da controladora, que o distribuiu aos acionistas, isento de tributação.

19 O ganho, sem o pagamento de tributos, sobreveio por meio de procedimento simulatório, na medida em que se criou a aparência da simples participação em parte do capital da KAISER BRASIL, via aumento de capital, mas que, na realidade, escamoteava acordo pela aquisição da totalidade da participação societária, por intermédio de compra e venda. A KAISER S.A. não teve sua participação diluída e sim alienada na sua totalidade para MXS, com recursos provenientes da MOLSON INC.

O relato fiscal controverteu a alegada simulação ante a ausência de comprovantes de pagamento dos empréstimos realizados, fato que foi afastado pelo relator e que será apontado em seguida nesse voto.

Entendeu a autoridade fazendária que haveria simulação nas operações realizadas e que o *real adquirente* do investimento seria a companhia estrangeira MOLSON INC, que teria criado artificialmente uma empresa veículo no Brasil (companhia MSX), que não detinha – na interpretação do Fisco – autonomia para existir, ante a ausência de confusão patrimonial para realizar a operação citada.

Nesse sentido, questiona: *“No presente caso, qual seria a necessidade material, efetiva e real para que fosse interposta uma pessoa jurídica brasileira para simular a compra das participações societárias em outras companhias nacionais, quando a empresa sediada no exterior foi a responsável pela avaliação do investimento, pela decisão quanto à concretização do negócio e era também a detentora dos recursos necessários e utilizados na aquisição?”*

E responde: *“A resposta indisfarçável é que a MOLSON INC decidiu trazer para o negócio jurídico empresa brasileira recém-criada em razão de um objetivo iminente tributário, que consistia na intenção de amortizar o ágio surgido na compra da participação societária, sem, contudo, arcar com a incorporação da adquirida”.*

Tais fatos foram respondidos pela contribuinte, como se vê do Recurso Voluntário de fls. 2407/2452), onde explica que, antes das operações, todas as companhias já existiam e nenhuma delas foi criada artificialmente para transitar nenhuma operação simulada. Inclusive, a própria MSX (empresa brasileira) já existia junto com a BAVARIA (que depois foi cedida para compor parte do negócio) sob o controle do grupo internacional MOLSON, a saber:



A simples constatação desse fato já revela a inexistência de artificialidade na existência de empresas brasileiras sob o controle do grupo MOLSON INC. Por que desconsiderar ilícita sua criação quando o próprio grupo já iniciara muito tempo antes a consolidação de investimentos no Brasil, inclusive com operações com a empresa BAVÁRIA e com a MXS? Penso que o TVF não aponta nenhuma inconsistência que permita desconsiderá-las.

A contribuinte informa que as negociações evoluíram para a compra da KAISER BRASIL em duas fases: (A) aquisição de 56,53%; e (B) aquisição de 43,37%.

ETAPA A

- a Recorrente emitiu 140.569.537 ações ordinárias, que passaram a representar 56,63% do seu capital social e foram subscritas pela Molson Inc. pelo valor de R\$ 1.934.616.777,87.

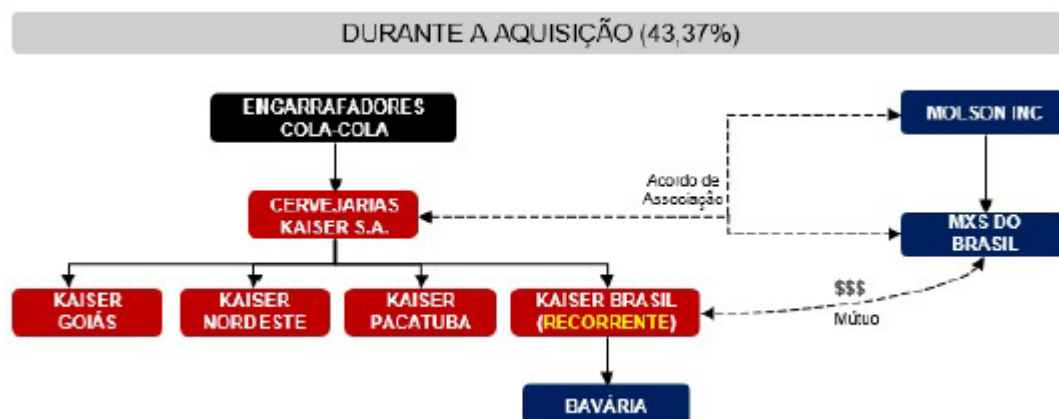
Desse valor, R\$ 1.700.882.177,87 (docs. nºs 3 e 12 da Impugnação) foram integralizados em dinheiro e R\$ 233.734.600,00 foram integralizados pela totalidade as ações da Bavária (doc. nº 3º da Impugnação).

Essa etapa pode ser representada conforme o seguinte diagrama:



ETAPA B

- A MXS e a Recorrente firmaram contrato de mútuo, pelo qual a Recorrente emprestou a quantia de R\$ 1.485.763.829,62 para a MXS adquirir, majoritariamente, as ações da mutuante, de propriedade da Cervejarias Kaiser;
- A MXS e a Molson Inc. assinaram Acordo de Associação e Investimentos e Outras Avenças com a Cervejarias Kaiser, para adquirir o restante das ações da Recorrente mediante o pagamento de R\$ 1.485.763.829,13 (doc. nº 4 da Impugnação):



- Por fim, os acionistas da MXS aprovaram aumento de capital da companhia para R\$ 1.934.619.732,00 por meio da conferência de 140.560.706 ações da Recorrente, no mesmo custo das ações adquiridas na Etapa A pela Molson.

Diferentemente do que aponta do TVF – que sugere ausência de comprovação dos respectivos pagamentos, tratando as operações como simuladas –, a parte juntou aos autos, desde a impugnação, todos os respectivos documentos, com a comprovação de que os fatos econômicos (inclusive os empréstimos e o trânsito de valores) efetivamente ocorreram, inexistindo qualquer tipo de fraude ou simulação nas operações citadas. Observe-se:

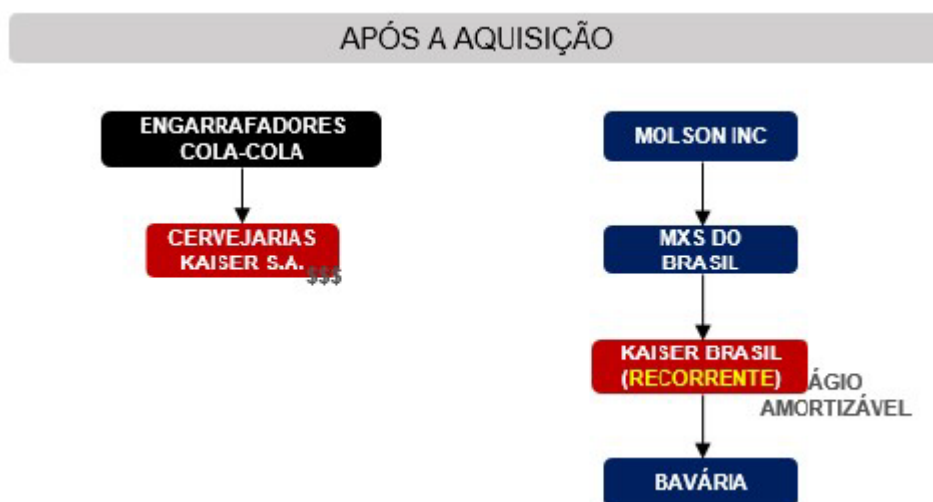
A COMPROVAÇÃO DOS VALORES PAGOS		
DOCUMENTO	CONTEÚDO	O QUE PROVA
Doc. nº 3 da Impugnação	AGE da Recorrente em 18.2.2002 que aprovou a integralização pela Molson no valor de R\$ 1.934.616.777,87, em moeda nacional e pela totalidade das Ações da Bavária	Esse documento demonstra o aumento de capital da Recorrente em R\$ 1.934.616.777,87 (1.700.882.177,87 em moeda nacional e R\$ 233.734.600,00 em ações da Bavária)
Doc. nº 5 da Impugnação	Aumento de capital da MXS por meio de integralização de 140.569.706 das ações da Recorrente	Comprova o aumento de capital da MXS em R\$ 1.934.619.732,00
Doc. nº 12 da Impugnação	Extrato de Conta Corrente da Recorrente no valor de R\$ 1.700.882.177,87	Esse documento demonstra o efetivo pagamento de uma parcela em dinheiro pela aquisição de participações societárias na Recorrente
Doc. nº 13 da Impugnação	Contrato de Câmbio 02/000582 firmado entre a Recorrente e a Molson Inc. no valor de R\$ 1.700.882.177,87 R\$	Esse documento demonstra a origem dos valores utilizados para realizar o aumento de capital
Doc. nº 4 da Impugnação	Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças entre a Cervejarias Kaiser, a MXS, a Molson e a	Esse documento demonstra o valor dispendido na etapa 2 da aquisição da Recorrente. Neste momento, foi acordado

A COMPROVAÇÃO DOS VALORES PAGOS		
DOCUMENTO	CONTEÚDO	O QUE PROVA
	Recorrente, para adquirir 43,37% da Recorrente, no valor de R\$ 1.485.763.829,13	que R\$ 1.135.033.529,63 seria pago em dinheiro e R\$ 350.730.300,00 em ações da Molson Inc.
Doc. nº 7 da Impugnação	Contrato de Mútuo entre MXS e a Cervejarias Kaiser, no valor de R\$ 1.485.763.829,63	Esse documento comprova o pagamento da MXS à Cervejarias Kaiser
Doc. nº 14 da Impugnação	Termo de SWAP entre a Recorrente e a Cervejarias Kaiser no valor de R\$ 1.184.600.000 e a Transferência da titularidade das operações de CDB no valor de R\$ 1.262.623.438,86	A Recorrente utilizou recursos de sua tesouraria, que estavam investidos em operações de CDB "swapadas" junto ao Banco ING
Doc. nº 15 da Impugnação	Extrato de Conta Corrente da Recorrente nos valores de: R\$ 77.161.000,00 R\$ 11.691.000,00 R\$ 214.057.000,00 R\$ 958.852.000,00 R\$ 388,728,293,88	Os valores somados são R\$ 1.650.489.293,88. A parcela de R\$ 164.725.464,75 corresponde ao pagamento em Eurobonds, participações na Sanil S.A. e créditos detidos pela Recorrente nessa empresa, bem como aquisição de participações da Molson Inc, conforme <i>doc. nº 4 da Impugnação</i> . Desse modo, chega-se ao valor pactuado na etapa 2 de aquisição das ações da Recorrente (R\$ 1.485.763.829,13)

A recorrente tomou o cuidado, inclusive, de comprovar o pagamento de R\$ 1.135.033.529,63 decorrente do Acordo de Associação e Investimento e Outras Avenças que fora supostamente simulado – na opinião do Fisco, com a qual não concordo –, informando que o mesmo fazia parte do valor total da etapa 2 da aquisição de 43,37% da Recorrente, no valor total de R\$ 1.485.763.829,13. Comprovou que tal valor foi quitado mediante operação de swap (Doc. nº 14 da Impugnação), confirmada com Extrato de sua Conta Corrente que confirmam esses valores (Doc. nº 15 da Impugnação):

DATA	HISTÓRICO	Nº DOC.	DÉBITO	CRÉDITO	SALDO
28/01/2001	Saldo Anterior				9,00
18/01/2002	00178 - APLIC. FINANCEIRAS - 9120	00000000	77.161,000.00		
18/01/2002	00178 - APLIC. FINANCEIRAS - 9120	00000000	11.691,000.00		
18/01/2002	00178 - APLIC. FINANCEIRAS - 9120	00000000	214.057,000.00		
18/01/2002	00178 - APLIC. FINANCEIRAS - 9120	00000000	958.852,000.00		
18/01/2002	00082 - DOC C - F108	00000000	10.000,000.00		
18/01/2002	00082 - DOC C - F108	00000000	30.000,000.00		
18/01/2002	00083 - BROKERAGE CORRETORA	00000000	3.100,000.00		
18/01/2002	00177 - CREDITO DE CONTA CORRENTE	00000000		1.700.882.177.87	394.021.177.87
18/01/2002	00083 - BROKERAGE CORRETORA	00000000	140,000.00		
18/01/2002	00179 - DÉBITO X CREDITO CC	00000000	388.728,293.88		
18/01/2002	00179 - DÉBITO X CREDITO CC	00000000	827,941.28		
18/01/2002	00179 - DÉBITO X CREDITO CC	00000000	6.889,52		
18/01/2002	00179 - DÉBITO X CREDITO CC	00000000		1.000,00	4.318,043.19
20/01/2002	00083 - BROKERAGE CORRETORA	00000000	770,000.00		5.549,043.19
22/01/2002	01700 - CDMF SÍDEB EM C CORRENTE	00000000	11.225,000.78		
22/01/2002	00001 - DOC RECEBIDO	00004218		5.700,886.00	24,062.41
31/01/2002	Saldo Atual				24,062.41
	Saldo Disponível para Saque				24,062.41
Lançamentos agendados:					
R\$ 1.650.489.239,88 (soma dos valores em destaque) - R\$164.725.464,75 (Eurobonds e Sanil S.A.) R\$ 1.135.033.529,63					

Nota-se que, ao fim de toda a operação, no que interessa à presente análise, o quadro societário consolidado entre as partes revelava: (i) a existência da MOLSON INC (no exterior), (ii) a MXS DO BRASIL controlando o investimento total e sendo controlada pela MOLSON e (iii) a KAISER BRASIL (Recorrente) titularizando o ágio e sendo controlada pela MSX.



Entendo que tais operações são regulares. Não há qualquer impedimento para a criação da estrutura societária da forma apontada nem há indicativo de que a existência da MSX – que, repita-se, já existia antes de tudo ocorrer e efetivamente teve realidade econômica, inclusive tomando empréstimos para viabilizar boa parte da operação – seja contaminada por qualquer caráter simulatório ou fraudulento.

Mais: a parte demonstrou que todas as operações foram regularmente registradas e escrituradas; os empréstimos foram regularmente tomados e quitados; os preços dos negócios comprovados por laudos de expectativa de rentabilidade futura; que a aquisição da MSX pela Kaiser não foi simulada, por nenhuma forma direta ou indireta.

A tese da real adquirente também merece ser desconstruída, conforme tópico a seguir delineado, onde serão demonstrados os fundamentos das conclusões a que chegou este julgador.

TESE DA REAL ADQUIRENTE DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

A administração tributária entende que a real adquirente das ações com ágio foi a empresa MOLSON, companhia estrangeira que estruturou no Brasil uma outra companhia (MSX). Considerou tratar-se de pretensão artifício ilegal apenas para aproveitar a amortização fiscal do ágio gerado na aquisição do negócio vinculado à KAISER BRASIL (detentora do negócio KAISER).

Assim, considerando-se a sucessão de fatos que levam à compra do negócio, a autoridade fazendária relatou que não houve a necessária confusão patrimonial entre investidora e investida (MSX e KAISER), uma vez que a incorporação reversa entre as duas não detinha autonomia própria, uma vez que a real investidora seria a empresa estrangeira que estruturou a

operação, no caso, a MOLSON INC, pois foi ela a titular do sacrifício financeiro para alavancar a operação.

Por sua vez, a contribuinte procurou demonstrar que a companhia estrangeira já estruturara a operação societária de empresas brasileiras (BAVARIA e MSX).

Como visto, a administração considerou desnecessária a existência da sociedade intermediária (MSX) 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 (KAISER).

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.

O caso dos autos iniciou-se em 2002, portanto, antes da vigência da Lei nº 12.973/2014, que passou a limitar o aproveitamento do ágio somente às operações de incorporação, fusão e cisão ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014. Assim, plenamente aplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que à época permitiam o aproveitamento fiscal em questão.

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.

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.

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.

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.

O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição empresa nacional para captar recursos no mercado de terceiros controladores e, ao final, adquirir negócios operacionais no Brasil, com ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Nesse aspecto, nenhuma irregularidade, seja de natureza societária ou fiscal.

Verifica-se a existência de substrato econômico para a existência da companhia em questão, que não representava uma empresa de passagem (empresa veículo) para

instrumentalizar nenhum tipo de aproveitamento indevido de benefício fiscal, no caso, a amortização do ágio, que foi regularmente contabilizado e apurado.

Não bastasse o fato da operação ser regular, com substrato econômico válido, ante a regular criação de holding brasileira, importa anotar elementos adicionais para desconstituir o lançamento tributário relacionados à alegada amortização ilegal do ágio em questão.

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.

Sobre essa questão, a matéria já foi apreciada pela Turma de Julgamento 1201, da qual participei no CARF, no acórdão 1201-001.267, razão pela qual, tratando de assunto idêntico e bem condensar o que fora debatido, adoto a fundamentação do acórdão e a adoto como razões de decidir na presente análise, ao final complementada:

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (arm's length transaction). Resumindo, não se trata aqui de “ágio interno”.

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a autuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

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 a 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.

Naquela ocasião – e já se vão longínquos 25 anos –, as privatizações das empresas estatais demandava investimentos estrangeiros no país, mediante aportes em companhias cujo valor contábil estava muito aquém dos possíveis investimentos em leilões de telecomunicações e que geraria imenso ágio entre o valor investido e o valor contábil das mesmas.

Como forma de estimular tais investimentos, o Poder Executivo da época publicou a MP nº 1.602, de 1997, posteriormente convertida da citada Lei 9.532/97, admitindo objetivamente que:

- a) Fossem criadas “empresas veículo” para receber o aporte internacional e participar efetivamente dos leilões, podendo essas, ao final do processo em que saíssem vencedoras, serem incorporadas pelas companhias estatais investidas (conforme regra do art. 8º, b, da citada lei);
- b) Em decorrência dessas operações, o ágio de tais investimentos pudesse ser amortizado do lucro real, à razão de 1/60 por mês em cada período de apuração, o que levava a um benefício tributário estimulado por decisão governamental (conforme art. 7º, III, da lei).

Importa transcrever os termos da Lei 9.532/97, para uma melhor visualização dos termos aqui tratados:

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa; II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização; III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no

máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes 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.

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.

Entendo que não há elementos para vedar a amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação consubstanciaria 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.

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 brasileiro mediante investimentos em terceiros.

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”*⁶.

Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira⁷, 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

⁶ DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. _____. In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

⁷ NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4ª Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179.

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".

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.

Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

Não obstante, as conclusões apriorísticas do fisco sobre as escolhas que levam companhias a buscarem estruturas societárias e instalação de operações lícitas em diversos países reflete muito mais o desconhecimento dos agentes administrativos quanto às demandas econômicas internacionais do que verdadeira relevância argumentativa. Com efeito, em excelente estudo doutrinário sobre “O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade”, vê-se as seguintes e lúcidas conclusões:

Embora a tributação seja um influenciados na atração de empresas, não é ele o que prepondera. Quando o assunto é investimento estrangeiro direto (IED) genuíno, os tributos ocupam a quarta ou quinta posição na ordem do que é considerado pelos investidores. Antes, são apontados outros fatores tidos como mais importantes, a exemplo de: estabilidade política e instituições fortes, infraestrutura, acesso a mercados e matérias-primas e mão de obra qualificada.

No mesmo sentido, a OCDE estende que a política fiscal e seus incentivos ocupam um espaço limitado na tomada de decisão do local onde será alocado o IED. Assim, é errado analisar a questão a partir de uma lógica essencialmente do país, mas, numa perspectiva nacional, não é estatisticamente tão relevante, uma vez

que isso não torna o país desinteressante a investimentos externos por si, o que parece ser verificado no mundo real.

(OLIVEIRA, José André Wanderley Dandas de; HOLMES, João Marcelo. O planeamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 658).

Conhecer os senões que estão além da fria relação tributária demanda interesse pela investigação da realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas. Seja porque, no mundo real, o direito mais se cumpre do que se descumpre, o propósito negocial mais existe do que se simula, mas conceber isso como uma realidade demanda escolha interpretativa que exige do ourives jurídico lapidar os porquês e os “praquês” da fenomenologia jurídica ao par da realidade econômica, nem sempre transparente às lentes de quem a investiga. Cotejar a interdisciplinaridade destes senões, conforme notável lição do Professor – e também i. Conselheiro deste Colegiado – Jeferson Teodorovicz, *“Trata-se, portanto, de uma atitude de abertura epistemológica ou ‘abertura de pensamento’. O diálogo (recíproco) entre disciplinas é essencial para a efetivação da interdisciplinaridade. O cientista avança sobre o campo de interesse comum de outros ramos do conhecimento, permitindo-se receber contribuições de outras áreas.”* (TEODOROVICZ, Jeferson. *O Direito Tributário Brasileiro e a Interdisciplinaridade: Perspectivas, Possibilidades e Desafios*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 578).

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 de escol 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 Nabais⁸.

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).

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!*

⁸ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina: Coimbra, 1998.

No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres⁹, Marcus Abraham¹⁰, Marco Aurélio Greco¹¹, Marciano Seabra de Godoi¹², Sérgio André Rocha¹³, Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁴, Klaus Tipke¹⁵, Douglas Yamashita¹⁶, 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.

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.

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 tributar¹⁷. 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.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justiça fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

¹⁰ ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹¹ GRECO, Marco Aurélio. *Do Poder à Função Tributária*. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação* 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹² GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

¹³ ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

¹⁵ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem “a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma ‘desculpa’ ou um ‘pretexto’ para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar” (GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: _____ (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

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

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*) tributos¹⁸.

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.

Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, lícitamente, 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*¹⁹, 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.

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*)²⁰ 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.²¹

¹⁸ Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf. Revista Direito Tributário Atual nº 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

¹⁹ PONTES, Helenilson Cunha. Revisitando o tema da obrigação tributária. In: _____ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

²⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

²¹ ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In: _____ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. *Novos tempos do direito tributário*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

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.

Consigne-se que a administração tributária presume a artificialidade da estrutura sociedade da contribuinte a partir de um critério de abusividade e, ainda que não deixe claro, pretende justificar a autuação na norma geral antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*.

Impende ressaltar que este julgamento não desconsidera o julgamento da ADI 2.446 pelo STF, que julgou constitucional o art. 1º da LC 104/2001, o qual acrescentou o parágrafo único do art. 116 do CTN. Em nenhum momento esta Relatoria entende ser inconstitucional tal texto normativo, apenas reconhece o fato de que a desconstituição de negócios jurídicos há de ser pautado mediante critérios jurídicos complementares, a serem definidos em lei ordinária (conforme textualmente prevê a norma).

Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa 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. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos (assim entendidos as “SAAR – *Special Anti Avoidance Rules*”) ou normas gerais de idêntica natureza (“GAAR – *General Anti Avoidance Rules*”), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada*”²², cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

Cito a doutrina de Marco Aurélio Greco em torno do tema do planejamento tributário, cuja obra é fruto de muita incompreensão, mas que busca compreender os limites a

²² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 196.

essa prática, mesmo que parametrizada por atos lícitos (sem patologias), porém, com a intenção exclusiva de obter economia tributária. O ilustre Professor *afasta a possibilidade de desconsideração primária dos negócios jurídicos*, sob o entendimento de que o CTN impõe a necessidade de promulgação de lei ordinária que fixe os limites ao agir estatal, nos seguintes termos:

Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal.

Em suma, o CTN deferiu à lei ordinária a disciplina indispensável, de caráter procedimental (e não de direito material), para que a norma possa ser aplicada. Com isto, não veiculou uma norma de eficácia plena, mas uma norma de eficácia limitada, na medida em que a plenitude da eficácia somente será obtida após a edição da lei ordinária dispondo sobre tais procedimentos. Vale dizer, antes da mencionada lei ordinária, o conteúdo preceptivo do dispositivo não comporta aplicação.

Isso significa que, enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se. Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)²³. (Grifou-se)

Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que “*não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao particular é assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário*”²⁴.

Não obstante, admite-se, sim, o 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 conduta específica. Nesses casos, o contribuinte transmuta artificialmente a realidade de forma simulada, como forma de obter proveito ilícito, cabendo nesses casos – diferentes do que ora se julga – a aplicação firme da lei para impedir a perpetuação

²³ GRECO, Op. Cit. p. 568.

²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

da ilegalidade praticada. Neste sentido, cite-se decisão deste Colegiado, relatada pelo voto do i. Conselheiro Efigênio Freitas Junior (Relator do presente processo), neste sentido, a saber:

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA No cenário em que há cumprimento formal da lei - emissão de nota fiscal e respectiva contabilização - se analisados os fatos sob a lente restritiva do Direito Privado não há falar-se em simulação, afinal seguiu-se a letra da lei, a despeito da artificialidade. Analisar o conceito de simulação sob essa lente restritiva significa, por via indireta, restringir a atuação do fisco; permitir que o sujeito passivo, a despeito do exercício de atividade empresarial, cubra-se com o manto da isenção. O que, além de ilegal, vai de encontro ao princípio da livre concorrência e ao cumprimento do dever fundamental de pagar tributos.

Arranjo tributário simulado, artificioso, com vistas a transparecer para o fisco inoccorrência de ilegalidade ou descumprimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, e artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.532, de 1997. Agir com consciência e vontade, e modificar características essenciais da ocorrência do fato gerador, as quais impactam na redução do montante devido de tributo, é conduta que atrai a incidência da multa qualificada, prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. (Grifou-se)

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 eivados 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.

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”*²⁵.

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!

Todas as razões de mérito apontadas trazem a esta julgador 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.

²⁵ ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

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.

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.

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 plasmar a própria via de acordo com os próprios projetos”*²⁶. 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

²⁶ ÁVILA, Humbert. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

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.

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.

Destaco, ainda, que o tema foi analisado pelo CARF em outras oportunidades, com entendimento favorável à amortização do ágio, conforme ementa abaixo transcrita, relacionada ao processo em que fui designado para produzir voto vencedor:

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.

Considerando que este voto desconstitui as autuações em seu mérito principal, todos os acessórios caem por consequência lógica, sobretudo a qualificação da multa, que também resta afastada em razão da inexistência de simulação que justifique a majoração dos valores.

(Acórdão nº 1201-005.622 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 20 de outubro de 2022)

No mesmo sentido, outros julgados:

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO APÓS CONFUSÃO PATRIMONIAL. A amortização do ágio na apuração do imposto sobre a renda da pessoa jurídica, nos termos do art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532/97, somente é admissível quando se observa confusão patrimonial entre a investidora e investida. (Acórdão nº 1201-006.197 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 18 de outubro de 2023, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A utilização de uma empresa veículo, com existência meramente formal, não é suficiente, tomada isoladamente, para configurar uma fraude tributária. Para tanto, é necessário que fique demonstrado que a empresa veículo foi o meio

utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA. A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito comercial da sua criação. (Acórdão nº 1201-006.257 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 21 de fevereiro de 2024, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: (i) aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; (ii) fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; (iii) desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; (iv) a amortização do ágio deve se processar com a união entre o acervo patrimonial investidor e o acervo patrimonial investido (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição); (v) absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

Nesse contexto não há espaço para glosa de despesas de ágio cuja origem não é simulada, notadamente quando a autuação não imputa aos agentes a prática de ato simulado.

Não há qualquer previsão legal pela qual a incorporação da detentora original do ágio por empresa intermediária promoveria a extinção do ágio de pleno direito. A transferência do ágio é admitida no Direito Brasileiro e a conclusão fiscal contraria as consequências basilares da sucessão empresarial decorrente do ato de incorporação (art. 227 da Lei nº 6.404/76), bem como enfrentaria a autorização contida no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76.

A adoção de empresas intermediárias alcunhadas pejorativamente de “veículo” como meio de viabilizar as operações societárias amparadas no direito de auto-organização empresarial que levem à transferência do ágio permitindo seu aproveitamento de maneira mais conveniente ao contribuinte não encontra vedação no Direito Brasileiro, ainda que a sua constituição no Brasil se dê por empresa estrangeira para centralizar (de maneira temporária ou perene) os investimentos adquiridos no Brasil.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, tampouco estabelecem qualquer limitação no sentido de que somente seriam aplicáveis às participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e, contrariamente ao que se assevera, o termo “pessoa jurídica” não é restrito às entidades domiciliadas no Brasil, conforme se extrai do art. 52 do ADCT e de atos emanados pela própria

RFB, como a IN nº 1.005/2010 (art. 9º, I). Os arts 146 e 147 do RIR/99, por sua vez, não restringem o conceito de pessoa jurídica às domiciliadas em solo pátrio, mas apenas criam restrição conceitual para definir os sujeitos passivos do IRPJ brasileiro.

(Acórdão nº 1201-006.251 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 20 de fevereiro de 2024, Relator Lucas Issa Halah, maioria)

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

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.

ATIVOS INTANGÍVEIS IDENTIFICÁVEIS, MARCAS E ACESSO À REDE DE DISTRIBUIÇÃO, AMORTIZADOS COMO ÁGIO PAGO PELA RENTABILIDADE FUTURA. IMPOSSIBILIDADE.

Nesse ponto, concordo com o Relator em afastar os ativos intangíveis que foram amortizados como ágio pela Recorrente, uma vez que não representam expectativa de rentabilidade futura pelo investimento realizado.

O TVF se reporta ao assunto dessa forma (fls. 1684):

No documento intitulado SCHEDULE 14A, a MOLSON INC, detalhou a composição do sobrepreço pago na aquisição das CERVEJARIAS KAISER.

Consta na página R-9 e R-10 da declaração prestada às autoridades norte americanas que, da composição do preço, 325 milhões de dólares canadenses devem ser alocados ao valor das marcas e 35 milhões de dólares canadenses são atribuídos ao direito de acesso às redes de distribuição. (fls. 1.293 e 1.294)

77 Utilizando-se a cotação do dólar canadense do dia 19/03/2002 (1,47863), o valor dos dois intangíveis identificáveis, avaliados em 360 milhões de dólares canadenses, equivale a R\$ 532.306.800,00.

78 A parcela do ágio contabilizado como rentabilidade futura para fins fiscais (marcas e acesso à rede de distribuição), não poderia ser deduzida na apuração do imposto de renda, haja vista que engloba valores que devem ser imputados à avaliação de certos intangíveis identificáveis, que por sua natureza ou não são amortizáveis ou depreciáveis ou são contemplados por regime jurídico próprio que regem o momento e quantidade a ser deduzida na base de cálculo do imposto.

79 As parcelas do ágio que veem sendo deduzidas como se decorressem da rentabilidade futura da adquirida, mas que devem ser imputados à avaliação de intangíveis identificáveis (marcas e acesso à rede de distribuição), não são amortizáveis ou tem sua dedutibilidade na base de cálculo do imposto vedada, quando surgidos no bojo de uma combinação de negócios.

80 Marcas têm vida útil indefinida, uma vez que se espera que o produto com a marca comercial gere fluxos de caixa líquidos indefinidamente para a entidade, no pressuposto de que terá continuidade no futuro. Portanto, não são depreciables ou amortizáveis, nem contábil nem tributariamente.

...

82 A parcela do sobrepreço paga pela aquisição da participação societária, que deve ser conferida ao acesso à rede para a distribuição dos produtos da adquirida também não é amortizável, conforme claramente determinado no inciso II, do art. 7º, da Lei nº 9.532, de 1997, base legal do artigo 386 do RIR/99, antes transcrito.

83 Os valores atribuídos as marcas e ao direito ao acesso à rede de distribuição não estavam reconhecidos no balanço da adquirida, não compunham seu patrimônio líquido, mas faziam parte do preço total de aquisição.

Desse modo, mesmo que não tenha havido a individualização dos intangíveis no ativo da adquirida após a concretização do negócio, requer-se que seus valores sejam descontados do ágio pago pela participação societária, para fins de apuração da quantia amortizável nas bases de cálculo do imposto de renda.

84 Dito isso, descontando-se os itens que não podem compor o ágio resultante do pagamento pelos lucros futuros da investida, o valor máximo que poderia ser amortizado, se fosse superado o impeditivo legal atinente a não ocorrência de confusão patrimonial entre a adquirida e real adquirente, seria de R\$ 649.223.152,42 (R\$ 1.181.529.952,42 - R\$ 532.306.800,00).

O TVF está correto em considerar que os valores atribuídos a marcas e ao direito ao acesso à rede de distribuição fazem parte do preço do negócio e não podem ser tratados como ágio decorrente da expectativa de ganho futuro.

O ilustre Relator manteve a referida glosa e, nesse ponto, com ele concordo, razão pela qual, em minha análise, o provimento ao recurso é parcial no que tange à amortização do ágio.

DA EXONERAÇÃO DA MULTA ISOLADA EM CONCOMITÂNCIA À COBRANÇA COM A MULTA DE OFÍCIO

O TVF indica o lançamento da multa isolada sobre a base de cálculo das estimativas de IRPJ e CSLL não pagas no período, no percentual de 50%, em conjunto com a multa de ofício de 75%.

A exigência da multa isolada teve como fundamento o art. 44, II, “b”, da Lei 9.430/96, que assim dispõe:

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.

Por sua vez, a exigência da multa de ofício de 75% encontra fundamento no inciso I do mesmo artigo 44 da Lei 9.430/96, a saber:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata 04. Remanesce no CARF relevante discussão em relação à exigência das multas de forma concomitante. De fato, a existência dos dispositivos legais leva a dois possíveis entendimentos. O primeiro mantém a aplicação de ambos para exigir conjuntamente tanto a multa de ofício quanto a isolada, enquanto o segundo afasta a exigência da multa isolada pelo fenômeno da consunção.

Estou convencido de que a exigência das duas multas alcançam o mesmo fenômeno infracional: a falta de pagamento de determinado tributo sobre a mesma grandeza econômica.

Com efeito, as estimativas de tributos representam diferimento do momento em que o fato jurídico relacionado ao IRPJ e a CSLL ocorre, no caso, o último dia do ano. A legislação determina adiantamento desses tributos ao longo do exercício, vale dizer, exigem da contribuinte estimar uma expectativa de lucro durante os meses do ano para adiantar valores que serão consolidados ao final do período. Trata-se do mesmo tributo e mesma grandeza econômica: a renda, auferida com base no Lucro Real e no Lucro Líquido.

Assim, ausente o pagamento de estimativas, os montantes não quitados são incorporados à consolidação ao tributo devido no exercício, acrescido da multa de ofício de 75%, sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, nos termos acima indicados.

Porém, o Fisco exige uma segunda multa, no percentual de 50%, pelo fato das estimativas não terem sido quitadas em suas respectivas competências, sob o entendimento de que existe dispositivo expresso a esse respeito e não há como afastá-lo.

Entendo que há bis in idem sobre o mesmo fato, no caso, a ausência de pagamento do tributo, que é o mesmo, seja devido pelo adiantamento de estimativa, seja pela consolidação do lucro tributável ao final do exercício.

Por essa razão, conforme dispõe a Súmula CARF nº 82, “após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas”. Isso porque ela faz parte do tributo lançado em relação ao exercício encerrado, devendo o Fisco consolidar os valores globais para realizar o lançamento.

Daí exsurge a conclusão de que a multa isolada de 50% – que pode ser cobrada ao longo do exercício não encerrado, tanto quanto a própria estimativa não paga – é também incabível após o exercício encerrado, pois se aplica multa de ofício de 75%.

Na prática, a exigência de estimativas deixa de existir ao final do ano-calendário, tanto quanto seus consectários legais. Aquilo que não foi pago passa a ser objeto de lançamento de ofício autônomo, que contemple todo o exercício.

Aplica-se o princípio da absorção ou princípio da consunção, que decorre da conclusão de que a penalidade maior absorve a menor, quando tratem do mesmo fato jurígeno. Tem-se como objetivo aplicar assertivamente a legislação, pois, conforme leciona Fabio Brun Goldsmidt, *“admitir-se a possibilidade de incidência cumulativa de duas normas distintas, cada uma informadora de uma pena/sanção distinta para um mesmo e único fato/ação, implicaria, na prática, na criação de uma terceira punição, não antevista (lex praevia) nem contemplada (lex certa) em diploma algum”*²⁷.

Cite-se, ainda, esclarecimentos doutrinários que trazem luzes a evidenciar o equívoco em se pretender dar soluções diversas – e aqui as multas de ofício e isolada são soluções diversas – para alcançar o mesmo fato jurídico a ser sancionado, evidenciando-se o bis in idem:

O princípio *ne bis in idem* ou *no bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Por meio dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato). É postulado essencial de natureza material ou substancial – conteúdo material relativo à imposição de pena -, ainda que se manifeste também no campo processual ou formal, quando diz respeito à impossibilidade de perseguições múltiplas. O conteúdo penal substancial do *ne bis in idem* exige a concorrência da denominada tríplice identidade entre sujeito (identidade subjetiva ou de agentes), fato (identidade fática) e fundamento (necessidade de se evitar a dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores).²⁸

De fato, não faz sentido penalizar duas vezes o mesmo fenômeno, qual seja, a falta de pagamento do tributo, seja ele destacado como adiantamento por estimativa, seja o que veio a ser consolidado no cômputo anual do tributado. Trata-se da mesma coisa!

Por isso mesmo, o CARF consolidou a Súmula nº 105, que assim dispõe:

Súmula CARF nº 105 (aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014)

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser

²⁷ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 316.

²⁸ PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 123-124.

exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Acórdãos Precedentes:

9101-001.261, de 22/11/2011; 9101-001.203, de 17/10/2011; 9101-001.238, de 21/11/2011; 9101-001.307, de 24/04/2012; 1402-001.217, de 04/10/2012; 1102-00.748, de 09/05/2012; 1803-001.263, de 10/04/2012

Importa registrar que a redação do citado dispositivo legal foi posteriormente substituído pelo texto do art. 44, II, "b", da Lei 9.430/96²⁹, levando à possível interpretação literal de que a Súmula CARF 105 estaria revogada, pois trata de outro dispositivo.

Entendo que o racional da súmula é rigorosamente o mesmo e não houve nenhuma revogação do seu conteúdo. A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas é a mesma em ambas as redações e não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Com a vênha dos posicionamentos divergentes, entendo que a matéria tratada na súmula é clara e converge com os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Cite-se os precedentes das duas turmas do STJ que objetivamente afastam a concomitância na cobrança das citadas multas:

DECISÕES DA 2ª TURMA DO STJ

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO IMPUGNA FUNDAMENTO DA DECISÃO DE ORIGEM. AGRAVO INTERNO QUE DEIXA DE ATACAR FUNDAMENTO DA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULAS 283 E 284 DO STF. INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

...

5. A Segunda Turma do STJ, em julgados mais recentes, continua a aplicar o entendimento de que a vedação à cumulação das multas "isolada" e "de ofício" persiste, mesmo após as alterações promovidas pela Lei 11.488/2007. Nesse sentido: AREsp 1.603.525/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 25.11.20.

²⁹ 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.

(AgInt no AREsp 1878192 / SC, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 12/04/2022, unânime)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. **MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.**

...

III - Conquanto a parte insista que a única hipótese em que se poderá cobrar a multa isolada é se não for possível cobrar a multa de ofício, **a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que é ilegal a aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/1996.** Nesse sentido: REsp 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 24/3/2015 e AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015.

(AgInt no AREsp 1603525 / RJ, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 25/11/2020, unânime)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTIGOS 489 E 1.022, AMBOS, DO CPC/2015. NÃO CARACTERIZAÇÃO. **MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44, I E II, DA LEI 9.430/1996 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/2007). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTES.** RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

...

5. Nesse sentido, no caso em apreço, me valho da linha argumentativa a muito difundida nessa Corte, segundo a qual preleciona pela aplicação do princípio da consunção ao exigir o cumprimento de medidas sancionatórias. A rigor, o princípio da consunção não se dá em abstrato, mas sim em concreto. É um preceito calcado na evolução do direito ocidental de limitação das punições (e não de sua eliminação). Dentro desse contexto, como critério de interpretação e aplicação do direito, entende-se que, para cada conduta, uma só punição em concreto, prevalecendo a maior, ainda que essa conduta possa ser enquadrada em mais de um tipo legal de infração.

Precedentes no mesmo sentido.

6. Logo, o princípio da consunção ou da absorção é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas, hipótese em que a infração mais grave absorve as de menor gravidade, como no caso em apreço. Assim, em casos como o ora analisado, deve-se imperar a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou

subjacente, de forma que não se pode exigir concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo, em detrimento da multa prevista no artigo 12, inciso III, da Lei 8.218/1991.

7. Recurso Especial conhecido e não provido.

(REsp 2104963 / RJ, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, DJe 19/12/2023, unânime)

DECISÃO DA 1ª TURMA DO STJ

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. **MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.**

1. A multa de ofício tem cabimento nas hipóteses de ausência de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, sendo exigida no patamar de 75% (art. 44, I, da Lei n. 9.430/96).

2. A multa isolada é exigida em decorrência de infração administrativa, no montante de 50% (art. 44, II, da Lei n. 9.430/96).

3. A multa isolada não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício, sendo por esta absorvida, em atendimento ao princípio da consunção.

Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.603.525/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 25/11/2020; AgRg no REsp 1.576.289/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016; AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp n. 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/3/2015.

4. Recurso especial provido.

...

VOTO DO RELATOR

...

Apesar de serem multas cominadas a hipóteses distintas, estou com a jurisprudência da Segunda Turma no que compreende pela impossibilidade de exigência cumulativa de tais multas. Com efeito, a infração que se pretende reprimir com a aplicação da multa isolada prevista no inciso II já se encontra plenamente englobada pela multa de 75% prevista no inciso I, a qual visa coibir, de forma abrangente, todos os casos de falta de pagamento ou recolhimento, desde que, havendo tributos a serem lançados, seja possível a exigência da multa juntamente com os tributos devidos, não havendo, portanto, cogitar do cabimento concomitante da chamada 'multa isolada'. Em se tratando as multas tributárias de medidas sancionatórias, aplica-se a lógica do princípio penal da

consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente.

...

(REsp 1708819 / RS, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, T1 - PRIMEIRA TURMA, DJe 16/11/2023, unânime)

O tema evidencia posicionamento consolidado no Poder Judiciário, mas também tem sido resolvido no mesmo sentido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, conforme os recentes acórdãos abaixo indicados:

DECISÕES DA CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. CONCOMITÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. Apesar de a aplicação da Súmula CARF 105 ser restrita à multa isolada “lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996”, os argumentos que ensejaram a aprovação da referida súmula são totalmente aplicáveis à multa isolada lançada com base no art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007. (Acórdão nº 9101-006.899 – CSRF / 1ª Turma, sessão de 3 de abril de 2024)

MULTA ISOLADA - CONCOMITÂNCIA - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO A multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor. Pelo princípio da absorção ou consunção, contudo, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na mesma medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo. Esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem. (Acórdão nº 9101-006.809 – CSRF / 1ª Turma, sessão de 16 de janeiro de 2024)

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS MENSAIS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA SOBRE OS TRIBUTOS APURADOS NO FINAL DO PERÍODO DE APURAÇÃO. NÃO CABIMENTO. A multa isolada é cabível na hipótese de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ ou de CSLL, mas não há base legal que permita sua cobrança de forma cumulativa com a multa de ofício incidente sobre o IRPJ e CSLL apurados no final do período de apuração. Deve subsistir, nesses casos, apenas a exigência da multa de ofício. (Acórdão nº 9101-006.852 – CSRF / 1ª Turma, sessão de 6 de março de 2024)

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. O disposto na Súmula nº 105 do CARF é perfeitamente aplicável aos fatos geradores após a alteração de redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Lei nº 11.488, de 2007, aplicando-se, ao caso, o princípio da consunção. Igualmente inaplicável, quando cobrada após o encerrado o ano-calendário. (ACÓRDÃO 9101-007.042 – CSRF/1ª TURMA, SESSÃO DE 7 de junho de 2024)

Não bastante todo esse acervo de precedentes indicados, a aplicação do princípio da consunção é uma solução interpretativa que decorre da observância do princípio da proporcionalidade, que é condição do próprio Estado Democrático de Direito, mesmo que não esteja – e nem precisaria estar – positivado diretamente na Constituição Federal, mas exsurge em razão na necessidade de *preservar a ideia de justiça material diante do princípio da segurança jurídica*, conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes³⁰, sendo confirmado, ainda, por autores como Paulo Bonavides, que contempla a existência do princípio mediante cotejo das demais normas garantidoras de direitos fundamentais, a saber:

Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não-expressa dos direitos e garantias, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade de Constituição.³¹

Exige-se a aplicação de tal princípio sempre que a controvérsia jurídica analisada demande a verificação da razoabilidade da medida proposta – nela consideradas a *necessidade e adequação* que são partes do princípio da razoabilidade – e a realização da justiça – considerada como *proporcionalidade em sentido estrito*.

Ao se aplicar a proporcionalidade, considerando-se seu valor jurídico como princípio constitucional, o intérprete deve lhe conferir posição de destaque, a fim de que esteja no ápice da pirâmide normativa proposta por Kelsen e possa sublimar seus efeitos sob as situações jurídicas postas à análise interpretativa. Segue-se aqui à proposta doutrinária de Willis Santiago Guerra Filho, para que *o princípio da proporcionalidade é capaz de dar um ‘salto hierárquico’ (hierarchical loop) ao ser extraído do ponto mais alto da ‘pirâmide’ normativa para ir até a sua ‘base’, onde se verificam os conflitos concretos, validando as normas individuais ali produzidas, na forma de decisões administrativas, judiciais, etc.*³²

³⁰ MENDES, Gilmar. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.

³¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Coord.). Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 275.

E como alcançar os elementos da proporcionalidade? Como responder ao que é necessário, adequado e justo? O caso concreto dirá, mas há considerações gerais que podem responder a essas perguntas.

Este julgador já teve oportunidade de manifestar seu posicionamento em artigo publicado que tratou sobre *a proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*, cujas razões ali indicadas apontam para a solução da presente demanda. Eis o resumo do que importa à presente análise (grifou-se):

Deverá o intérprete, assim, verificar se a norma infracional é alcançada pelo elemento da **adequação ou idoneidade, que consiste na condição de que o meio utilizado pelo legislador é apropriado e oportuno à finalidade pretendida.** Indaga-se a pertinência da norma ao objetivo pleiteado, considerando todos os parâmetros que o ordenamento jurídico determina, devendo ser afastada a norma quando o resultado pretendido pela sua aplicação demonstre inadequação com as garantias constitucionais e com os direitos da parte contra quem a norma infracional é dirigida ou que seja impertinente à obtenção de uma finalidade de interesse público.

...

Outrossim, além de adequado, **o ato normativo deve ser o menos gravoso à obtenção da finalidade lícita a que se destina, devendo-se perquirir se é possível alcançar a pretensão estatal de forma alternativa menos prejudicial, que leve a resultado semelhante, para que se tenha cumprido o segundo requisito: a necessidade ou exigibilidade.** Note-se que caberá ao intérprete analisar a existência de outros meios possíveis para o atendimento da finalidade pública perquirida.

Por fim, ainda que determinada circunstância passe pelo desafio do crivo da adequação e da necessidade, tem-se que **o ato normativo deverá atender à proporcionalidade em sentido estrito, a qual demanda que a medida escolhida entre duas possíveis seja a que menor dano cause àquela que se afaste, servindo à ponderação e ao balanceamento dos preceitos existentes no ordenamento jurídico.** Assim, “De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, do outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela” (SARMENTO, 1996)³³.

Traçados os parâmetros, observa-se que a cobrança concomitante das multas em questão não se amolda em nenhum fator do princípio da proporcionalidade, pelo evidente *bis in idem* que decorre de tal postura interpretativa.

³³ ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. A Proporcionalidade e os Limites ao Poder Sancionador Tributário. In: Novos Tempos do Direito Tributário, Coords.: VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CESTINO JÚNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Pryscilla Régia de Oliveira. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p. 74-76.

Em primeira abordagem, não é possível identificar em que medida a aplicação é *necessária*, pois se preserva a aplicação da multa mais onerosa, no caso, a multa de ofício, que absorve a menor.

Quando ao segundo requisito da proporcionalidade, a *adequação* também está ameaçada com o lançamento duplo das multas sobre o mesmo fenômeno jurídico. O infrator está sendo devidamente penalizado nos termos do Ordenamento Jurídico, sendo inadequada a medida perpetrada pela administração tributária.

Ao fim, há de se investigar se quesito da proporcionalidade em sentido estrito foi atendido, ou seja, se o duplo lançamento de multas representa medida justa. Penso que o fator justiça não pode ser afastado em nenhuma hipótese e a solução que preserve o princípio da consunção resolve a questão de forma plena, mediante a aplicação da lei sem o excesso da dupla penalizada, porquanto indevida.

Para escolher o caminho certo a seguir – e aqui me valho de critério de sopesamento que não inflija direitos da contribuinte e também do próprio Fisco –, colho de antiquíssima lição de Aristóteles que propugna que *a justiça realiza “um certo tipo de proporção.(...) E o justo assim entendido é um meio com relação aos extremos, que prejudicam a proporção (o proporcional é de fato meio; e o justo, por outro lado, é proporcional).(...) Tudo isto nos possibilita concluir que o justo – em sentido em que aqui o entendemos – é o proporcional, e que o injusto, ao contrário, é o que nega a proporção. Na injustiça, um dos termos torna-se, então, muito grande e o outro, muito pequeno”*³⁴.

Penso ser inteiramente desproporcional em seu sentido estrito, norteadado pelo fator justiça, penalizar duplamente a mesma matriz fenomênica do qual exsurge o dever de pagar tributos.

Todos esses fundamentos revelam a necessidade de afastar a exigência concomitante da multa isolada em conjunto com a multa de ofício.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para exonerar parcialmente os lançamentos em relação à amortização fiscal do ágio, mantida apenas a glosa relativa aos valores atribuídos a ativos intangíveis identificáveis (marcas e acesso à rede de distribuição), exonerando integralmente a multa qualificada e a multa isolada em relação a todos os lançamentos.

É como declaro o voto.

Assinado Digitalmente

Fredy José Gomes de Albuquerque

³⁴ ARISTÓTELES. Obra jurídica. Livro I. São Paulo: Ícone Editora, 1997.

ACÓRDÃO 1102-001.389 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 17459.720044/2021-15

DOCUMENTO VALIDADO