



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 17459.720056/2021-31
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.946 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2024
Recorrente ELEKTRO REDES S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2016

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito comercial mas revela objetivo exclusivamente tributário.

INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA.

A partir das alterações no art. 44, da Lei nº 9.430/96, trazidas pela Lei nº 11.488/2007, em função de expressa previsão legal deve ser aplicada a multa isolada sobre os pagamentos que deixaram de ser realizados concernentes ao imposto de renda a título de estimativa, seja qual for o resultado apurado no ajuste final do período de apuração e independentemente da imputação da multa de ofício exigida em conjunto com o tributo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2016

CSLL. DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CRITÉRIOS DE DEDUTIBILIDADE EM SUA APURAÇÃO. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

Dada a relação de causa e efeito entre as glosas efetuadas para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, mantém-se a glosa realizada pela Fiscalização.

O disposto no art. 28 da Lei nº 9.430/96 e no art. 57 da Lei 8.981/95 são claros no sentido de que à CSLL aplicam-se as mesmas normas de apuração da base de cálculo do IRPJ.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2016

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SIMULAÇÃO, FRAUDE E SONEGAÇÃO NÃO CARACTERIZADAS. AFASTAMENTO DA QUALIFICAÇÃO.

No caso de as condutas perpetradas e que resultaram no pagamento a menor dos tributos devidos não estarem perfeitamente enquadradas ou não serem suficientemente caracterizadas, nem como fraude nem como sonegação fiscal, como sugeridas tanto pela Autoridade Fiscal como pela Autoridade Julgadora *a quo*, faz-se necessário afastar a qualificação da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao patamar de 75%. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação à glosa com despesas de amortização de ágio; vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Gustavo de Oliveira Machado e Andressa Paula Senna Lísias que lhe davam provimento. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso em relação à multa isolada sobre estimativas pagas a menor; vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva e Andressa Paula Senna Lísias que lhe davam provimento. Julgamento realizado após a vigência da Lei n.º 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, Gustavo de Oliveira Machado (suplente convocado), Andressa Paula Senna Lísias e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (presidente).

Relatório

Por bem espelhar os fatos que norteiam o presente processo, reproduzo abaixo o Relatório constante da decisão recorrida:

Presta o processo ao controle do crédito tributário constituído de ofício a título de IRPJ e CSLL (R\$ 31.196.374,35 e R\$ 11.230.694,76, respectivamente, em valores originais) sobre pessoa jurídica que é concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica para os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul (doravante denominada impugnante ou apenas ELEKTRO).

Na espécie, os fundamentos da lavratura decorrem da constatação de que, na composição do **Lucro Real anual**, não foi adicionada **despesa tida como**

indedutível, vez que sua origem decorreria da **amortização de ágio** obtido, segundo a fiscalização, de forma artificiosa.

Outrossim, dado que a operação contábil em comento acabou por reduzir valores a serem antecipados mensalmente a quem opta por esta sistemática de apuração, foram conjuntamente lavradas de **multas isoladas** para o intervalo temporal fiscalizado.

Ao que interessa para este julgamento, antes das operações societárias que deram fundamento à despesa com ágio glosada, consta que a impugnante era controlada por um grupo formado pelas seguintes empresas (composição que fomentou a **alienação**):

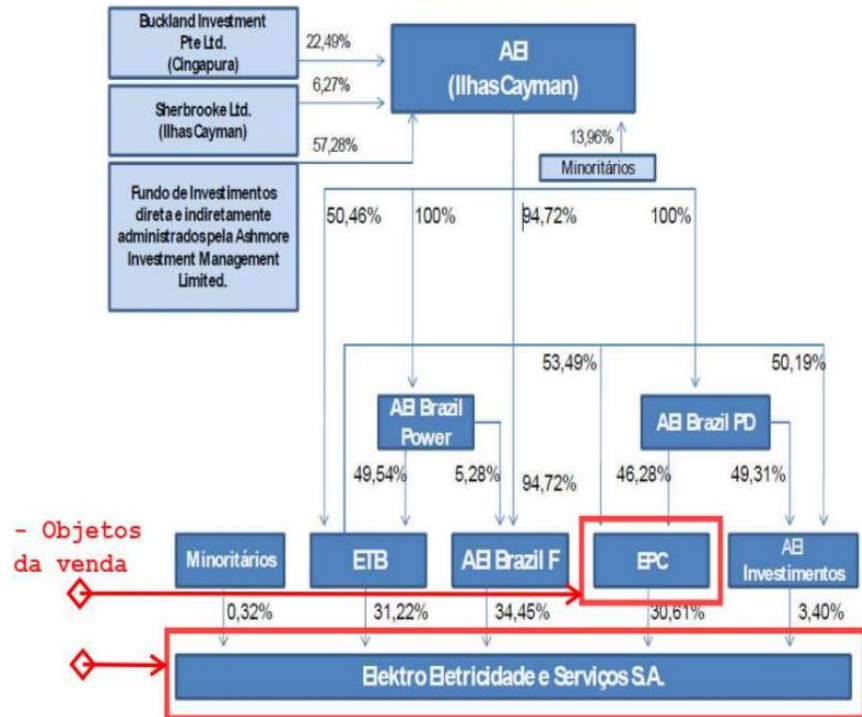
1. AEI BRAZIL HOLDINGS COOPERATIF U.A (doravante apenas **AEI COOPERATIEF**), com sede na **Holanda**.
2. Ashmore Energy International (doravante apenas **AEI**), com sede nas **Ilhas Cayman**, proprietária direta e indireta das demais empresas abaixo, inclusive da impugnante;
3. AEI BRAZIL POWER INVESTMENTS LTD (doravante apenas **AEI INVESTMENTS**), com sede nas **Ilhas Cayman**;
4. AEI BRAZIL PD HOLDINGS (doravante apenas **AEI BRAZIL PD**), com sede nas **Ilhas Cayman**;
5. AEI BRAZIL FINANCE LTD (doravante apenas **AEI BRAZIL FINANCE**), com sede nas **Ilhas Cayman**;
6. AEI BRAZIL POWER HOLDINGS LTD (doravante apenas **AEI BRAZIL POWER**), Ilhas Cayman;
7. AEI INVESTIMENTOS ENERGÉTICOS LTDA (doravante apenas **AEIIE**);
8. ETB ENERGIA TOTAL DO BRASIL LTDA (doravante apenas **ETB**); e
9. EPC EMPRESA PARANAENSE COMERCIALIZADORA LTDA (doravante apenas **EPC**).

Sendo que as últimas **três estão sediadas no Brasil**.

Além destas, destaco a composição da empresas **adquirentes** de ELEKTRO:

1. IBERDROLA ENERGIA DO BRASIL LTDA. (domiciliada no Brasil, doravante apenas **IBERDROLA ENERGIA**).
2. IBERDROLA BRASIL S.A., baixada por incorporação em 2017 (domiciliada no Brasil, doravante apenas **IBERDROLA BRASIL**).
3. IBERDROLA ENERGIA S.A., (domiciliada na Espanha, doravante apenas **IBERDROLA ENERGIA SA**).

Assim, de um lado, apresenta-se a arquitetura empresarial encabeçada por AEI, ou grupo AEI (alienante):



E, de outro, o grupo IBEDROLA (adquirente):



Desse modo, cronologicamente, a formação do ágio que aqui se discute teria se iniciado em **2011** e se consolidado em **2012**, de acordo com os passos que discrimino na sequência.

2011:

19/01/2011 - os grupos AEI e IBEDROLA firmaram contrato de compra e venda das ações de ELEKTRO e da holding EPC pelo valor de dois bilhões e quatrocentos milhões de Dólares (US\$ 2.400.000.000,00).

Particularmente, dentre as exigências contratuais estariam:

1. A criação de uma holding sob as leis da Holanda, AEI COOPERATIEF, voltada à concentração das transações;
2. Reestruturação societária dos acionistas de ELEKTRO e EPC com concentração das correspondentes cotas em AEI.

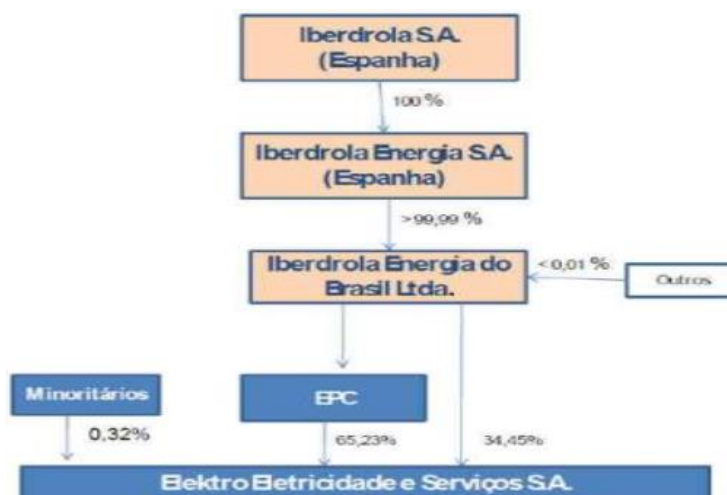
Ainda, no decurso do ano de 2011, ocorreu em:

29/03/2011: Transferência de cotas de ELEKTRO e EPC do grupo AEI para AEI COOPERATIEF.

26/04/2011: Pagamento realizado por IBERDROLA ENERGIA à AEI COOPERATIEF por intermédio dos contratos de câmbio de n.º 11/076492, 11/076493, 11/076494 e 11/076495 (mesma data).

27/04/2011: AEI COOPERATIEF transfere as referidas cotas para IBERDROLA ENERGIA (Iberdrola Energia do Brasil Ltda.), entidade agora detentora do ágio.

Em termos práticos, após a alienação, assim se desenhou o controle de ELEKTRO:



2012 (ano em que ocorreu a transferência do ágio para ELEKTRO):

30/03/2012: É criada a holding brasileira IBERDROLA BRASIL.

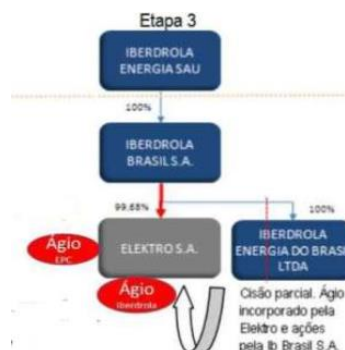
28/05/2012: IBERDROLA ENERGIA SA (espanhola) cede a totalidade das cotas de IBERDROLA ENERGIA para IBERDROLA BRASIL:



30/05/2012: ELEKTRO incorpora reversamente a EPC, absorvendo o ágio resultante da sua própria aquisição por IBERDROLA ENERGIA, indiretamente através da EPC:



30/05/2012: Cisão parcial da IBERDROLA ENERGIA e incorporação do acervo cindido por ELEKTRO, que veio a ser o ágio resultante da sua própria aquisição pela IBERDROLA ENERGIA



Desde então, com a concentração do ágio em ELEKTRO, este **começou a ser amortizado a partir de junho de 2012**, surtindo efeitos tributários nas apurações do Lucro Real, daí em diante nos anos subsequentes.

As razões que levaram a auditoria à glosa do referido ágio estão ligadas basicamente aos seguintes aspectos:

1. Que a aquisição do ágio não resultou de qualquer dispêndio financeiro por parte de IBERDROLA ENERGIA, posto que o pagamento teria saído da empresa espanhola e não da sua subsidiária brasileira;
2. Que não houve, portanto, confusão patrimonial entre o investimento assumido no exterior (por IBERDROLA ENERGIA SA) e a investida no Brasil;
3. Que o Relatório de Avaliação Econômica de ELEKTRO, com data de 19 de janeiro de 2011, não expressa um parecer contábil independente e imparcial, vez que teria sido elaborado internamente pela adquirente (IBERDROLA ENERGIA). O TVF esclarece que a mesma pessoa que assinou o contrato de compra e venda que gerou o ágio também teria assinado o documento opinativo, qual seja, o diretor de Planejamento e Controle de IBERDROLA ENERGIA;
4. Que não houve apresentação de documento com avaliação do fundamento econômico de rentabilidade futura da EPC (sobrepço). Anota-se que a avaliação encaminhada para esta entidade é relacionada ao seu patrimônio líquido e não em sua rentabilidade futura;

5. Que o único ativo recebido por ELEKTRO quando da incorporação reversa de EPC foi o ágio nela contabilizado, porquanto esta holding não possuía outros ativos expressivos;
6. Que as operações societárias relativas à geração de ágio e a transferência de IBERDROLA ENERGIA e EPC para ELEKTRO não tiveram propósito negocial e nem substância econômica, apenas objetivos voltados à economia tributária;
7. Que a legislação da ANEEL acerca da amortização do ágio tem efeitos restritos à esfera contábil sem transbordar à seara tributária (esta, mais específica e especializada);
8. Que EPC e IBERDROLA ENERGIA possuíam como única função proporcionar a transferência do ágio, configurando-se ambas como "empresa veículo" ou "de passagem"; e
9. Que a **qualificação da multa** se fez necessária, porquanto a geração do ágio decorreria de transações apenas formais, artificiosas, porém ilícitas e fraudulentas cujo objetivo seria exclusivamente reduzir a carga tributária.

Instaurado o contencioso, a impugnação controverte as conclusões fiscais mediante questões que podem ser extraídas dos seguintes excertos:

[...] Confunde a Iberdrola Energia com seu respectivo sócio estrangeiro, em razão do ato jurídico de subscrição de capital, cujo efeito foi o de transferir à Iberdrola Energia os recursos utilizados na aquisição do investimento direto e indireto na Impugnante. Desconsidera a condição de adquirente do investimento, comprovado pelo Contrato de Compra e Venda celebrado com o Grupo AEI.

[...] A motivação do lançamento é baseada em uma ótica puramente financeira da operação e não encontra suporte na lei aplicável. Viola, a legalidade e a segurança jurídica, desprezando os efeitos jurídicos que devem orientar o intérprete a verificado os efeitos de atos legítimos à luz de seu conteúdo.

[...] A Iberdrola Energia é uma sociedade regularmente constituída que recebeu aporte de capital nos termos da legislação e que adquiriu o investimento na Impugnante para todos os fins.

[...] A Iberdrola Energia figurou como a parte compradora do Contrato de Compra e Venda

[...] As autoridades reguladoras brasileira reconheceram a Iberdrola Energia como a adquirente do investimento direto e indireto na Impugnante, com destaque para a ANEEL que autorizou a transferência do controle da Impugnante para a Iberdrola Energia;

[...] No caso, a avaliação econômica do estudo foi fundamentada no método conhecido por "fluxo de caixa descontado", e foi pautado por análises e pesquisas de dados, estudos financeiros independentes, bem como de critérios financeiros, econômicos e de mercado, elaborados com base nas melhores técnicas de avaliação.

[...] o TVF se equivoca, pois: (i) ignora as regras do Regime do Ágio da Lei n.º 9.532/97; (ii) aplica retroativamente as regras de mensuração do ágio trazidas pela Lei n.º 12.973/2014, em violação ao disposto nos artigos 106 e 144 do CTN; (iii) em essência, desconsidera o Regime Tributário de Transição ("RTT") que obrigava a adoção dos métodos e critérios contábeis vigentes em 31.12.2007,[...]

[...] preço de compra foi efetivamente pago em dinheiro a parte não relacionada, fato incontroverso que exclui qualquer alegação de “ágio intragrupo”;

[...] O pagamento do ágio foi integralmente motivado pela expectativa de rentabilidade futura do investimento direto e indireto na Impugnante, conforme documentado pelo estudo técnico preparado pela Iberdrola Energia antes da operação, cuja avaliação econômica foi posteriormente atestada pelo Relatório KPMG e Relatório Planconsult;

[...] A ANEEL inclusive examinou e aprovou a amortização do ágio com fundamento na rentabilidade futura da Impugnante, no âmbito da Resolução Autorizativa n.º 3500/2012;

[...] As formas adotadas para a aquisição pela Iberdrola Energia eram adequadas aos negócios pretendidos, bem como era válida, e não recebeu qualquer contestação documentação que formalizou toda a operação como, por exemplo, contratos, estudo de avaliação econômica, alterações contratuais e estatutárias relativas à cisão parcial e incorporação. Esses documentos são públicos e foram arquivados nas juntas comerciais e na Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) pois a Impugnante é uma companhia de capital aberto;

[...] não se identificou na fiscalização qualquer vício na estrutura ou na documentação formalizada;

A contabilidade auditada por empresas de auditoria independente da Iberdrola Energia, da Impugnante ou de qualquer outra pessoa jurídica tratada no TVF não foi desconsiderada

[...] Essa falta de critério é manifestada ainda pelos posicionamentos distintos adotados pelo Fisco para justificar a glosa do ágio em relação aos mesmos fatos e operações examinadas em três processos. Isso porque, no Processo Administrativo n.º 16561.720169/2017-11 citado acima, não houve qualquer insurgência do Fisco a respeito da mensuração do ágio pago pela Iberdrola Energia, enquanto que, no Processo Administrativo n.º 16561.720143/2019-34 (glosa dos anos-calendário de 2014 e 2015), o fundamento único suscitado pela RFB foi de que a “Iberdrola Energia não teria feito qualquer dispêndio, pois não tinha em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio em discussão”, sendo que inexistia qualquer discussão a respeito de formalidades relacionadas ao laudo ou “transferência de ágio”.

[...] Como é usual em operações societárias desse tipo e relevância, a Iberdrola S.A. (“Iberdrola”) sociedade espanhola com ações negociadas na Bolsa de Madrid – controladora final da Iberdrola Energia e da Iberdrola Espanha – figurou como garantidora do pagamento na hipótese de eventual ausência deste por parte da empresa brasileira (o que jamais ocorreu), conforme reconhecido pelo TVF.

[...] O interesse da Iberdrola Energia, ressalte-se, sempre foi adquirir o controle acionário da Impugnante junto ao Grupo AEI. A forma adotada para aquisição do investimento – venda conjunta da participação direta e indireta mediante o pagamento de um preço único em moeda estrangeira – foi uma imposição do Grupo AEI refletida no Contrato de Compra e Venda.

[...] Ou seja, é fato incontroverso que a Iberdrola Energia utilizou recursos próprios para o pagamento do preço à sociedade vendedora domiciliada no exterior.

29. Para tanto, a Iberdrola Energia contou com recursos próprios, oriundos de aumento de capital que foi subscrito e integralizado, em moeda corrente, pela sua controladora Iberdrola Espanha, conforme refletido na 28ª e 29ª Alteração do Contrato Social arquivadas na JUCERJA [...]

[...] Iberdrola Energia que, diga-se, é uma pessoa jurídica independente e com capacidade operacional, personalidade e autonomia patrimonial própria⁹, e não à Iberdrola Espanha ou qualquer outra empresa do Grupo Iberdrola.

[...] Iberdrola Energia registrou o fundamento econômico do ágio a partir de estudo técnico elaborado antes da aquisição, subscrito pelo seu Diretor de Planejamento e Controle. Esse estudo utilizou a metodologia do fluxo de caixa descontado (DCF), projetando a rentabilidade futura de 100% do investimento na Impugnante, atestando que o valor de mercado das ações estava situado no patamar de R\$ 3,7 bilhões, equivalente a U\$ 2,4 bilhões [...]

[...] A avaliação econômica desse estudo foi posteriormente corroborada por empresas especializadas, isto é, pelo Relatório KPMG [...]

O ágio pago e escriturado pela Iberdrola Energia resultou, portanto, de uma operação efetiva de compra e venda de participações societárias envolvendo empresas totalmente independentes, e somente foi apurado em razão de o valor de mercado estimado, com base nas projeções de fluxo de caixa descontado da Impugnante, resultar em valor superior ao patrimônio líquido calculado à época.

[...] 45. A implementação no Brasil dessas diretrizes internas e política corporativa do Grupo Iberdrola foi iniciada um ano após a aquisição de participações direta e indireta na Impugnante pela Iberdrola Energia, decidindo-se (i) constituir uma holding pura local, a Iberdrola Brasil S.A. (“Iberdrola Brasil”), que centralizaria no Brasil todos os investimentos controlados do grupo; bem como (ii) segregar as linhas de negócio do Grupo Iberdrola no Brasil em: (a) negócios regulados; (b) negócios não regulados e (c) energias renováveis.

[...] 62. Nos termos do Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 aplicável à aquisição em exame, o exercício do direito à dedução fiscal do ágio está condicionado à observância dos seguintes requisitos: (i) aquisição de participação societária com pagamento do preço de compra ao vendedor, incluindo o ágio; (ii) registro do investimento, incluindo o desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio; (iii) a motivação econômica para o pagamento do ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura; e (iv) a incorporação, cisão ou fusão.

REQUISITO 1: AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO DIRETO E INDIRETO NA IMPUGNANTE COM O PAGAMENTO DO PREÇO DE COMPRA E DO ÁGIO AO GRUPO AEI

[...] 64. O TVF evidencia um verdadeiro inconformismo quanto aos atos validamente implementados no presente caso e que produziram os efeitos previstos na própria legislação brasileira. Tenta-se, com isso, atribuir a indevida condição de adquirente à sociedade que não integrou o Contrato de Compra e Venda, apenas porque esta havia subscrito o aumento de capital da Iberdrola Energia. E o mais grave: tal tentativa de atribuir a condição de adquirente a uma sociedade estrangeira não é respaldada por qualquer elemento fático ou jurídico, contrato ou ato concreto atribuído à sociedade no exterior.

65. Os recursos aportados ao capital da Iberdrola Energia, segundo os efeitos da lei societária brasileira, passaram a ser de plena e legítima titularidade da Iberdrola Energia, isto é, passaram a integrar o seu patrimônio próprio, de modo que tal sociedade brasileira estava autorizada a realizar a aquisição de um novo investimento ou seja, aplicar os recursos cuja titularidade lhe fora transferida no contexto de suas atividades, e em cumprimento às suas obrigações contratuais legitimamente contraídas.

REQUISITO 2: O REGISTRO DO INVESTIMENTO PELO MEP E DESDOBRAMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO, EM VALOR DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO E DO ÁGIO PELA IBERDROLA ENERGIA

[...] 69. A diferença entre o custo de aquisição efetivamente incorrido pela Iberdrola Energia, e o valor de patrimônio líquido da EPC e da Impugnante, correspondeu ao ágio devidamente registrado por aquela sociedade adquirente nos exatos termos em que determinavam o artigo 385 do RIR/99, artigo 20 do Decreto-lei n.º 1.598/77 no âmbito do Regime do Ágio da Lei n.º 9.532/97, do regime contábil anterior e do RTT vigente à época dos fatos.

REQUISITO 3: O PAGAMENTO DO ÁGIO FOI MOTIVADO NA EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA DO INVESTIMENTO ADQUIRIDO PELA IBERDROLA ENERGIA

[...] 71. O ágio pago na aquisição do investimento direto e indireto na Impugnante estava integralmente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, conforme suportado pela avaliação econômica do estudo técnico preparado pela Iberdrola Energia antes da aquisição, cujos valores foram posteriormente corroborados pelo Relatório KPMG e Relatório Planconsult.

[...] determinou o valor do ágio pago pela totalidade do investimento direto e indireto na Impugnante, calculado com base na projeção dos seus resultados futuros, trazida a valor presente por meio do fluxo de caixa descontado, é consequência lógica que o ágio pago pela Iberdrola Energia tenha como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura.

74. Com relação à aquisição do investimento indireto na Impugnante a partir da compra da totalidade das quotas da EPC pela Iberdrola Energia, tem-se que para uma sociedade holding pura - como era o caso da EPC - cujas participações societárias detidas representam os ativos subjacentes, o seu patrimônio deve ser avaliado de acordo com a capacidade de rentabilidade desses ativos, cuja rentabilidade justificará o pagamento do sobrepreço.

75. Isso foi confirmado por avaliação econômica da EPC que consta no Relatório Planconsult (doc. 01), renomada e tradicional empresa especializada em avaliação econômico-financeira de empresas, a qual se valeu das premissas econômicas à época da aquisição do investimento (data-base de 31.12.2010). Esse documento confirma o fato de que o ativo gerador de caixa da empresa EPC era essencialmente a participação societária na Impugnante, de forma que avaliar a participação proporcional na Impugnante conduziria ao mesmo resultado prático do que se avaliar a própria EPC.

[...] servindo o estudo técnico preparado antes da aquisição como “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”, [...]

REQUISITO 4: A INCORPORAÇÃO DA EPC PELA IMPUGNANTE E CISÃO PARCIAL DA IBERDROLA ENERGIA, COM A INCORPORAÇÃO DO ACERVO CINDIDO PELA IMPUGNANTE

[...] 79. O registro do ágio pela Iberdrola Energia e a sua posterior dedução fiscal pela Impugnante após esses eventos societários, ocorrendo a alegada “confusão patrimonial”, foram mera consequência jurídica das operações realizadas, sendo arbitrário o lançamento que pretende obstar o exercício do direito legítimo a essa dedução fiscal.

INFUNDADAS ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL” E DE QUALIFICAÇÃO DA IBERDROLA ESPANHA COMO “REAL ADQUIRENTE” DO INVESTIMENTO NA IMPUGNANTE

[...] o fato de os recursos terem sido contribuídos ao capital da Iberdrola Energia pela Iberdrola Espanha, e até mesmo independentemente de se saber se a Iberdrola Espanha

os recebeu como aportes, empréstimos dentro ou fora do Grupo Iberdrola, transformaria a Iberdrola Espanha em “adquirente [...]”

[...] Não há, contudo, qualquer comando no Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 aplicável ao presente caso que dê suporte aos chavões “ausência de confusão patrimonial” e à luz dos fluxos econômicos da operação e ao fato de a sociedade investida ter utilizado recursos recebidos em aumento de capital, para legitimamente adquirir investimentos junto a terceiros (a AEI Cooperatief), [...]

A REGULARIDADE DO DEMONSTRATIVO ARQUIVADO E QUE SUPORTA A ESCRITURAÇÃO DO ÁGIO PELA IBERDROLA ENERGIA COM FUNDAMENTO ECONÔMICO NA RENTABILIDADE FUTURA

[...] 135. Analisando o teor desse dispositivo, percebe-se que inexistente formalidade para a elaboração da demonstração, tampouco requisitos legais de conteúdo ou da qualificação e relação do avaliador, bastando que se demonstre o racional do contribuinte para o registro contábil do ágio. Em outros termos, a lei não fala em laudo, parecer ou qualquer outro tipo de documento técnico preparado por terceiros, se referindo simplesmente à “demonstração”.

136. Além disso, não há na norma qualquer restrição ou exigência ao conteúdo dessa “demonstração”, motivo pelo qual a conclusão do intérprete não pode ser outra senão a de que o contribuinte tem autorização legal para eleger a forma como comprovará a fundamentação adotada, incluindo a parte responsável por elaborar o demonstrativo.

[...] Esse estudo, ressalte-se, é suportado por uma apresentação detalhada da avaliação econômica da Impugnante (fls. 793 a 813).

[...] 146. Posteriormente, de forma conservadora e com o objetivo de atestar as estimativas prévias, é comum que sejam contratados as avaliações de terceiros, tal como realizado pelo (i) Relatório KPMG, documento denominado “Relatório de revisão das projeções financeiras da Elektro Eletricidade e Serviços S.A.”, datado de 29.07.2012; assim como pelo (ii) Laudo Planconsult, retratando a avaliação econômico financeira do investimento na Impugnante e na EPC, com base na metodologia do fluxo de caixa descontado, na data base de 31.12.2010

[...] 150. Esse documento se baseou (i) no custo médio ponderado de capital (WACC), considerando a taxa de retorno no patamar de 10% ao ano; (ii) fatores macroeconômicos e dados públicos tais como o taxas do IGPM, INPC, IPCA, CDI e TJLP; (iii) expectativas de crescimento orgânico a partir da quantidade total de clientes dos mais variados segmentos (residencial, industrial, comercial, rural, iluminação, etc.) e da quantidade de energia distribuída, estimando uma taxa anual média de 4,56% ao ano até 2020 e 3,8% ao ano a partir de 2021; (iii) estimativas de reajustes das tarifas de energia, conforme regulação da ANEEL; (iv) cálculo das despesas de operação e manutenção das atividades, considerando potenciais sinergias e ganhos de eficiência, incluindo o fluxo de caixa; (v) estimativas de investimento (CAPEX), dentre outros dados e informações relevantes.

151. O estudo indica ainda que examinou transações comparáveis precedentes no setor elétrico brasileiro, comparando também o valor de mercado de companhias semelhantes desse setor, verificando os múltiplos de EBITDA, dívida líquida e outras informações dessas empresas.

[...] 153. Na parte da descrição da oportunidade, a apresentação detalha (i) os principais dados operacionais (pontos de fornecimento de eletricidade, quantidade de GWh da energia distribuída em 2009 e área de concessão) e financeiros (EBITDA, lucro líquido, dívida líquida, total de ativos); (ii) atividades operacionais da Impugnante, com a tipologia das vendas brutas a partir do perfil de clientes; (iii) comparativo de indicadores da qualidade do serviço; (iv) descrição financeira, com a

evolução do CAPEX (expansão e modernização do sistema elétrico) e perfil da dívida líquida da companhia (dívida de curto e longo prazo, além de caixas e equivalentes); (v) comparativo de margens, dentre outros aspectos.

[...] A partir dos dados e projeções consideradas, utilizando a taxa de desconto de 10%, o documento estima um valor total do empreendimento de R\$ 4,731 bilhões que, descontado pela dívida líquida de R\$ 969 milhões, totaliza R\$ 3,762 bilhões, valor equivalente a U\$ 2,4 bilhões, apontando ainda o intervalo das estimativas do fluxo de caixa descontado e projeções do EBITDA, dentre outros aspectos [...]

[...] a credibilidade técnica do estudo técnico é inegável, sendo um documento completo, com uma exposição clara e consistente da forma como se chegou ao valor econômico da Impugnante e, por conseguinte, da própria participação na EPC. Ou seja, esse estudo elaborado pela Iberdrola Energia previamente à aquisição do investimento e pagamento do preço de compra à AEI Cooperatief por tal sociedade adquirente, incluindo o ágio, constitui o suporte documental exigido para o registro desse ágio com a sua correta avaliação econômica, sendo um documento plenamente confiável para a fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura.

[...] Entretanto, em momento algum o Fisco apresentou no TVF quais seriam os dados ou informações incorretas que seriam capazes de desqualificar a credibilidade técnica da avaliação interna.

[...] 161. Veja-se ainda que o documento elaborado pela KPMG, ao analisar a avaliação econômica preparada pela Iberdrola Energia e arquivada como demonstrativo do ágio pago a terceiros, afirma ainda que “ em nossos procedimentos não encontramos nenhuma distorção na metodologia utilizada bem como nas premissas consideradas no cálculo do valor em uso que pudessem afetar o objetivo para os quais esses foram preparados” (fl. 1018). Ou seja, confirma a credibilidade técnica do estudo, incluindo a validade das premissas econômicas e setoriais que foram consideradas pela Iberdrola Energia na projeção da rentabilidade futura do investimento na Impugnante.

[...] De acordo com a avaliação econômico financeira preparada pela Ernst & Young, com base na metodologia do fluxo de caixa descontado (DCF), o valor de mercado da Impugnante foi estimado à época na faixa entre R\$ 3,88 bilhões e R\$ 4,20 bilhões

A VALIDADE DA AVALIAÇÃO ECONÔMICA QUE SUPORTA O FUNDAMENTO DO ÁGIO PAGO PELO INVESTIMENTO INDIRETO NA IMPUGNANTE: O PRINCIPAL ATIVO GERADOR DE CAIXA DA EPC

[...] 182. A despeito disso, a autoridade lançadora insiste no equivocado raciocínio no sentido de que não seria possível fundamentar a integralidade do ágio pago na expectativa de rentabilidade futura do investimento direto e indireto que foi adquirido na Impugnante pela Iberdrola Energia, devendo antes ser descontada a diferença entre o ativo líquido contábil e o ativo líquido ao valor de mercado (fl. 55).

183. Não obstante, esse entendimento do Fisco está equivocado, não encontrando suporte na legislação vigente à época dos fatos sobre o tratamento fiscal do ágio pago na aquisição de investimento. Isso porque, representa uma evidente confusão e mistura dos conceitos de ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) do Decreto-lei n.º 1.598/77, antes das alterações que lhe foram feitas pela Lei n.º 12.973/2014, com as regras contábeis de que trata a Lei n.º 11.638/07, especialmente o disposto no CPC 15, aplicável às operações envolvendo “Combinação de Negócios”, além de violar o RTT no momento da aquisição do investimento e registro do ágio.

[...] 188. O que a autoridade lançadora pretende realizar é efetivamente adentrar na “motivação” da Iberdrola Energia como adquirente do investimento e alterar o motivo que o levou a pagar o sobrepreço que corresponde ao ágio. Essa atitude é totalmente

ilegal, não bastando que a autoridade lançadora alegue que outro fundamento poderia ter sido indicado pelo comprador.

[...] 190. As normas aplicáveis não determinavam qualquer sistemática para justificar o desdobramento e a justificativa do ágio. Assim, o §2º do artigo 385 do RIR/99, que reproduzia o artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77, simplesmente se limitava a determinar que o contribuinte indicasse o fundamento econômico que deu ensejo ao pagamento do ágio, dentre os seguintes: (i) mais valia de ativos; (ii) expectativa de rentabilidade futura; e (iii) outras razões econômicas.

191. Por força do artigo 385 do RIR/99, cabia ao contribuinte eleger e indicar o fundamento econômico que motivou o registro do ágio. Não havia nenhum critério legal ou ordem de prioridades estabelecido para essa finalidade, mas apenas a exigência de que a fundamentação em expectativa de rentabilidade futura ou mais valia de ativos estivesse devidamente documentada em demonstrativo que deveria ser arquivado pelo contribuinte.

192. Vê-se da redação original do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 que inexistia qualquer predominância de algum dos fundamentos para justificar o pagamento do ágio. O próprio §2º desse artigo evidenciava que o contribuinte deveria apontar, “dentre os seguintes”, o fundamento do ágio, inexistindo, portanto, obrigatoriedade de alocação do valor pago ou aplicação dos critérios de forma sucessiva ou mesmo predominância de um critério em detrimento do outro.

193. Esse dispositivo privilegiou, portanto, a motivação do contribuinte ao adquirir investimento, determinando-se o desdobramento do custo de aquisição do investimento em valor patrimonial e ágio,[...]

195. Dessa forma, não cabe ao Fisco estabelecer o fundamento que presume suportar o preço pago. A lei não faz isso porque tem o discernimento de reconhecer que o motivo é de ordem subjetiva e inerente à liberdade das pessoas na condução dos seus negócios, buscando apenas dar tratamento tributário ao fato real. Fazer eleição de ordem de fundamentos como pretende o lançamento é enxergar, indevidamente, uma ordem que supostamente emanaria da lei, ignorando o fato de que o fundamento econômico é dinâmico, claramente porque corresponde ao motivo da pessoa.

196. A própria RFB já reconheceu no âmbito da Solução de Consulta COSIT nº 03/2016 que os fundamentos econômicos não se sobrepõem nem se excluem, existindo simultaneamente em igualdade de condições perante a lei, sem que qualquer deles tenha precedência sobre os outros, ou fique na dependência da inaplicabilidade dos demais para poder ser aplicado.

197. O posicionamento do TVF contraria, assim, a interpretação adotada pelo próprio Fisco, uma vez que não há espaço para qualquer forma de enumeração qualitativa e sequencial de fundamentos que têm existência na lei como alternativas independentes umas das outras, e que devem ser aplicados de acordo com a motivação do adquirente do investimento.

A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO E SEUS REFLEXOS EM RELAÇÃO À CSLL

[...]inexiste disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL.

[...] não existe qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a dedutibilidade dos valores pagos a título de ágio quanto à contribuição em tela.

[...] até a edição da Lei nº 12.973/2014, previsão legal que vedasse a possibilidade de amortização do ágio para fins de CSLL antes das operações de incorporação, cisão ou fusão.

ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO PELO LANÇAMENTO

[...] 09. Esse procedimento de fiscalização anterior analisou exatamente as operações objeto das acusações lançadas no Auto de Infração ora combatido. Tal fato é incontroverso nos autos, pois reconhecido pelo próprio TVF (fl. 20): “são utilizados os documentos das ações fiscais anteriores como elemento probatório, pois, o objeto da autuação é o mesmo: a amortização do ágio resultante das mesmas operações societárias realizadas na aquisição do capital da própria fiscalizada pela Iberdrola Energia do Brasil Ltda.”.

210. Aquela fiscalização, contudo, não vislumbrou a ocorrência de qualquer hipótese conduta fraudulenta ou simulada capaz de ensejar o agravamento da multa de ofício para o patamar de 150%. Em flagrante alteração no critério adotado e a partir de conclusões totalmente opostas,[...]

A INEXISTÊNCIA DE FRAUDE OU SIMULAÇÃO NAS OPERAÇÕES EM QUESTÃO: INAPLICABILIDADE DA MULTA AGRAVADA DE 150%

[...] 219. Entretanto, a autoridade lançadora não comprovou qualquer “conduta dolosa” tendente a “impedir ou retardar” o conhecimento por parte do Fisco dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL. Ou seja, o Fisco jamais apontou de forma individualizada quais seriam as condutas praticadas que estariam eivadas da suposta “ilicitude”.

220. Muito pelo contrário. O próprio TVF reconhece contraditoriamente que “as operações realizadas são procedimentos legais no seu aspecto formal”, mas que teriam possibilitado a “redução da carga tributária” o que caracterizaria o suposto “intuito fraudulento”

221. Ora, o sujeito que atua de forma fraudulenta é aquele que tem a clara intenção de frustrar regras e deveres legais. Quem age com intuito de dolo, fraude ou simulação realiza operações proibidas, não as escritura em seus registros comerciais e fiscais e, quando fiscalizado, não entrega a documentação solicitada, procurando sob todas as formas ocultar essas operações. E mais, adultera documentos, utiliza-se de documentos calçados e paralelos, pessoas inexistentes ou “laranjas” e de documentos falsos e inidôneos. No presente caso, nenhuma destas condutas foi verificada.

[...] 230. Como fartamente demonstrado nos autos, por argumentos e provas, as operações efetivamente ocorreram formal e materialmente, além de ter sido comprovado que todos os atos societários eram dotados de causa e que a Iberdrola Energia não era “empresa de passagem ou veículo”, sendo a legítima adquirente do investimento direto e indireto na Impugnante, conforme reconhecido pela própria ANEEL nas Resoluções Autorizativas nº 2.824/2011 e 3.500/2012.

[...] O Fisco sempre teve conhecimento e acesso a todos os atos praticados, além das informações que constam nas obrigações acessórias transmitidas à RFB pelas partes envolvidas.

235. Ou seja, os elementos de prova aqui apresentados, analisados à luz das explicações fornecidas na presente impugnação, não permitem que se cogite de uma suspeita minimamente racional de fraude, simulação ou de qualquer tipo de conduta dolosa por parte da Impugnante ou de qualquer outra parte envolvida, os que justifica o imediato cancelamento da multa qualificada.

ABUSIVIDADE DA EXIGÊNCIA CONCOMITANTE DE MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO

[...] 246. O não recolhimento por estimativa é etapa preparatória do ato de reduzir o imposto devido ao fim do ano-calendário. A primeira conduta – insuficiência no

recolhimento das estimativas – está compreendida na segunda conduta – insuficiência no recolhimento do imposto anual.

247. Trata-se de uma situação na qual o não recolhimento da estimativa é ato preparatório para o ato de não recolher integralmente o tributo em bases anuais. Em tais situações, é evidente que da mesma forma que uma conduta está compreendida na outra, a aplicação de uma sanção já resulta na punição pelos dois atos. Essas lições são extraídas inclusive, do próprio Direito Penal. Portanto, não há lógica jurídica em exigir pelo suposto não recolhimento do tributo multa de ofício e multa isolada, sob pena de caracterizar bis in idem!

248. O aparente conflito entre as normas do artigo 44, inciso I da Lei nº 9.430/96 (multa de ofício de 75%) e artigo 44, II, b da Lei nº 9.430/96 (multa isolada de 50%) para aplicar as duas multas pode ser facilmente afastado quando se observa que uma conduta está compreendida na outra.

IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR MULTA ISOLADA APÓS O ENCERRAMENTO DO ANOCALENDÁRIO DE 2016

[...] 254. Essa norma não se aplica ao caso em comento por um inquestionável motivo, qual seja, a impossibilidade de se exigir multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas do IRPJ e da CSLL após o encerramento do ano-calendário. A multa isolada prevista no referido artigo 44 é aplicável quando verificada a falta de recolhimento das estimativas mensais antes do encerramento do ano-calendário. Esta conclusão decorre das próprias regras referentes à tributação do IRPJ e da CSLL no regime do lucro real.

DECADÊNCIA DA MULTA ISOLADA: EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NOS TERMOS DO ARTIGO 156 DO CTN

[...] 255. Por fim, além da improcedência demonstrada acima acerca da cobrança da multa isolada de 50%, a manutenção da cobrança também não seria possível tendo em vista a extinção do crédito tributário pela decadência, nos termos do que dispõe o artigo 150, § 4º do CTN.

256. Desse modo, deve ser reconhecida a extinção do crédito tributário relativa à multa isolada de 50% nos termos do artigo 156, inciso V do CTN, eis que houve o transcurso do prazo de cinco anos entre a ocorrência do fato gerador – apuração de bases mensais para fins da estimativa nos meses de janeiro a novembro de 2016 – e a notificação do lançamento.

INAPLICABILIDADE DOS JUROS SOBRE MULTA

[...] 257. Na hipótese de vir a ser mantida a autuação, será indevida a imposição de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, e não paga no vencimento, seja por falta de previsão legal, seja porque o enquadramento legal apontado no auto de infração não autoriza a imposição de juros sobre a multa de ofício, mas apenas sobre os tributos supostamente não pagos, nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.430/96.

É o relatório.

A impugnação foi apreciada pela Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 06 – DRJ06, que editou o Acórdão nº 106-025.066 – 11ª Turma, de 13 de setembro de 2022 (v. e-fls. 17.196/17.241). Referido Acórdão recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. PROTUTIVIDADE. MEIOS PRÓPRIOS. INEXISTÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária e quando não demonstrado que o fluxo financeiro decorreu originariamente de fruto do seu trabalho empresarial. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio à incorporadora.

NEGÓCIOS JURÍDICOS. EFEITOS TRIBUTÁRIOS. ESSÊNCIA. PREVALÊNCIA.

Conquanto os elementos documentais e protocolares reclamem a atenção do intérprete e compactuem para dar legitimidade aos negócios jurídicos sujeitos à repercussões tributárias, tais evidências, em regra tidas como indícios, não se configuram como provas absolutas inalcançáveis pelo exame mais acurado da essência do conjunto de atos praticados pelo particular.

MULTA QUALIFICADA. NEGÓCIO JURÍDICO FICTÍCIO.

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

MULTA ISOLADA. PREVISÃO LEGAL. AFASTAMENTO. VIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

As autoridades tributárias, em qualquer instância de apreciação, estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no país, faltando-lhes competência para que, mediante qualquer esforço interpretativo no curso do julgamento administrativo, seja possível anistiar sanção prevista em lei, ao se afastarem da literalidade da norma imperativa.

MULTA ISOLADA. LUCRO REAL ANUAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. FATO GERADOR DA PENALIDADE.

Por expressa previsão legal, será exigida isoladamente a multa sobre o valor do pagamento mensal de estimativa que deixar de ser efetuado/recolhido, ainda que a respectiva antecipação tenha sido declarada espontaneamente.

DECADÊNCIA. MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN.

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.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2016

CSLL. REFLEXO.

Aplica-se a CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilha a mesma matéria fática.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Considerando que foi construída para disciplinar a contabilização do ágio, de suas amortizações e, por consequência, a própria apuração do lucro contábil, a norma contida no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, alcançou também a CSLL, e não apenas o IRPJ.

Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido**

Não se conformando com a decisão proferida pela DRJ06 a Recorrente apresentou o recurso voluntário de e-fls. 17.250/17.294. O recurso voluntário praticamente repete os termos da impugnação de e-fls. 17.090/17.146, além do seguinte:

- a) A decisão ora recorrida teria perpetuado a ficção jurídica no sentido de que a Iberdrola Energia não teria sido a “real adquirente” do investimento, mas sim a Iberdrola Espanha por esta ter provido recursos em operação de aumento de capital. Essa motivação da DRJ, baseada em uma ótica que desconsidera por completo os efeitos jurídicos dos atos legitimamente praticados, está refletida em diversos trechos do voto tais como “não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, **quando não demonstrado que o fluxo financeiro decorreu originariamente de fruto do seu trabalho empresarial**” (fl. 17196) e “não vejo outra percepção senão aquela na qual **o fluxo financeiro partiu da IBERDROLA ENERGIA SA (real investidora na Espanha)**” (fl. 17227). A decisão, a exemplo da autoridade lançadora, **confunde a Iberdrola Energia com seu respectivo sócio estrangeiro**, em razão do ato jurídico de subscrição de capital, cujo **efeito jurídico** foi o de transferir à propriedade e titularidade da Iberdrola Energia os recursos utilizados na aquisição do investimento direto e indireto na Recorrente. A decisão desconhece esse incontestável efeito da subscrição em aumento de capital precisamente delimitado pelo direito privado, o que fica evidenciado pela indagação feita de “como um recurso considerado próprio ao mesmo tempo advém de contribuição de empresa controladora” (fl. 17224). Com toda a vênia, o equívoco desse raciocínio é flagrante. Esse posicionamento da DRJ viola não apenas a legalidade e a segurança jurídica, mas despreza os efeitos jurídicos que devem orientar o intérprete a verificar atos legítimos à luz de seu conteúdo. Para o direito, ou existe um adquirente amparado por um negócio

jurídico válido, como é o presente caso, ou ele inexistente, seja pela ausência de ato ou pela presença de vício que suprima os seus efeitos;

- b) Além de todas as ilegalidades, a DRJ demonstra uma clara irresignação quanto à estrutura válida de aquisição do investimento pela Iberdrola Energia, ao invés da aquisição direta por uma sociedade no exterior do Grupo Iberdrola, como forma de negar o legítimo direito ao regime do ágio da Lei nº 9.532/97. Aduz, nesse contexto, que “se o objetivo é alcançar a projeção dos negócios no Brasil, qual o óbice ou impeditivo para que a aquisição fosse realizada de forma direta, sem intermediários” e que “porque o grupo IBERDROLA não adquiriu diretamente a propriedade de ELEKTRO na negociação realizada com o grupo AEI” (fl. 17224). Essa ingerência nos atos próprios da administração das sociedades é im procedente e inaceitável. Em relação aos demais pontos que foram originalmente invocados pelo lançamento, a decisão da DRJ reconhece (i) a legitimidade do estudo técnico que foi preparado antes da aquisição do investimento, atestando a sua idoneidade como documento hábil a justificar a rentabilidade futura do ágio que motivou o seu pagamento pela Iberdrola Energia (avaliado em tópico denominado “valoração probatória do laudo de reavaliação futura” (fls. 17228 a 17229); assim como (ii) o fundamento econômico do Ágio Iberdrola como sendo decorrente da expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Esses dois aspectos não contestados pela decisão da DRJ passam a ser **incontroversos** neste processo;
- c) Portanto, o único ponto de controvérsia que deverá ser considerado no julgamento por esse E. CARF é a confirmação de que a Iberdrola Energia foi a real adquirente da participação societária com o pagamento do Ágio Iberdrola ao Grupo AEI. Esta advertência é de extrema importância para delimitar a controvérsia para as futuras análises que serão feitas, inclusive por esse E. CARF, ao longo do deslinde processual. O voto condutor da DRJ infere incorretamente que o fluxo de capitalização da Iberdrola Energia pela sua controladora domiciliada na Espanha possibilitaria a qualificação da sua sócia como a “real adquirente” do investimento. Para a DRJ, o que importa seria a origem dos recursos ou os respectivos fluxos financeiros, e não **a sociedade que os detém na condição de legítima titular, celebrou o Contrato de Compra e Venda, assumiu obrigações e utilizou recursos próprios na efetiva aquisição junto a terceiros**. No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, a desconsideração dos efeitos de atos jurídicos legítimos só pode ser feita quando o Fisco identifica e comprova a presença de vícios e patologias nos atos jurídicos praticados, os quais inexistem no presente caso, sejam eles vícios de forma ou de motivação em razão da absoluta coerência entre os fatos e os negócios praticados. Sem qualquer base legal, a DRJ perpetua, portanto, a ficção de que a origem dos recursos deve prevalecer sobre os atos jurídicos praticados, as autorizações obtidas pela Recorrente junto à órgãos reguladores para implementar a aquisição (e não de qualquer empresa no exterior) e demais aspectos provados nos autos. Em suma, a qualificação da Iberdrola Espanha como “real adquirente” como forma de defender a alegada “ausência de confusão patrimonial” é manifestamente ilegal e contrária à realidade dos

fatos. Coube à Iberdrola Energia adquirir a totalidade das ações da recorrente e pagar o preço de aquisição à AEI Cooperatief com os seus recursos próprios, independentemente da forma em que esses recursos legítimos ingressaram no seu patrimônio. O fato desses recursos terem sido obtidos via aumento de capital subscrito pela Iberdrola Espanha não altera a natureza jurídica da operação;

- d) A alegada exigência de “propósito negocial a ser oposto em face do Fisco” não pode ser invocada pela DRJ como justificativa para manutenção da cobrança. A esse respeito, a Recorrente destaca o posicionamento firmado pelo E. STF no julgamento da ADI 2446 que transitou em julgado em maio de 2022. No julgamento, prevaleceu o voto condutor da Ministra Relatora Carmen Lúcia que restringiu a aplicação do artigo 116, parágrafo único, do CTN somente para desconsiderar condutas ilícitas, de tal modo que a exigência de “propósito negocial” ou “motivação extratributária” carece de base legal para exigir tributos e impedir a dedução fiscal de ágio, cujo aproveitamento observou os requisitos legais como se dá no presente caso;
- e) Argui, também, que a Iberdrola Energia jamais poderia ser considerada como “empresa veículo ou de passagem” como incorretamente reproduzido pela DRJ. Trata-se de empresa validamente constituída a mais de uma década antes da operação, sendo tal alegação trazida pela DRJ sem qualquer rigor técnico jurídico, além de não resistir ao confronto com os fatos e as provas anexadas aos autos. Nesse ponto, a Recorrente reitera que a Iberdrola Energia é sociedade com robusta capacidade operacional, sendo prestadora de serviços de operação e manutenção de usinas de energia elétrica. Essa sociedade existe de fato e de direito e praticou toda as atividades ligadas à sua finalidade empresarial, cumprindo, assim, a sua legítima função de empresa ao “exercer a atividade econômica profissionalmente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, nos termos do artigo 966 do Código Civil;
- f) Destaca a Recorrente que a legitimidade do Ágio Iberdrola em exame foi recentemente avaliada pela 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção desse E. CARF no acórdão n.º 1301-006.065 (sessão de 22.09.2022), nos autos do referido Processo Administrativo n.º 16561.720169/2017-11. Essa decisão determinou o cancelamento integral da cobrança, reconhecendo que todos os requisitos formais e substanciais do regime do ágio da Lei n.º 9.532/92 foram atendidos, afastando os conceitos-chavões invocados pelo Fisco de “real adquirente” e “ausência de confusão patrimonial”, além de concluir que inexistiu qualquer vício nos negócios jurídicos que foram legitimamente praticados pelas partes;
- g) Cita, ainda, outros precedentes, a exemplo dos acórdãos n.º 9101-005.975 (sessão de 08.02.2022, “Caso Camil Alimentos”) e 9101-006.049 (sessão de 04.04.2022, “Caso Banco Cacique”) que afastaram acusações fiscais baseadas na tese do “real adquirente” e da “utilização de empresa-veículo sem propósito negocial”. A Recorrente destaca também o acórdão n.º 9101-005.872 (sessão de 11.11.2021, “Caso Fábrica Delmar”), no qual o Ilmo. Conselheiro Caio César Nader Quintella afirma que “toda empresa sediada no Brasil que

promoveu uma aquisição, a qual se valeu, anteriormente, de financiamento de controladora ou coligada estrangeira, não seria nunca titular de suas despesas, bastando apenas o Fisco regredir o bastante necessário no tempo, até encontrar o patrocínio estrangeiro”. Essa conclusão é plenamente aplicável ao presente caso na medida em que se pretende desconsiderar a titularidade do investimento validamente adquirido em virtude de fluxos financeiros que são absolutamente ordinários nas sistemáticas negociais estabelecidas entre as partes;

- h) Outros recentes julgados sobre o tema são os acórdãos n.º 9101-006.240 (sessão de 09.98.2022, “Caso Gol Linhas Aéreas”), 9101-006.287 (sessão de 13.09.2022, “Caso Via Varejo”) e 9101-006.289 (sessão de 14.09.2022, “Caso GVT”). Cita-se ainda os acórdãos n.º 1201-003.693 (“Caso Sanofi, sessão de 12.03.2020), 1302-002.011 (“Caso APM Terminals”, sessão de 24.01.2017), 1302- 001.150 (“Caso Multiplan”, sessão de 07.08.2013), 1302-001.182 (“Caso Dufry”, sessão de 08.08.2013) e 1402-002.373 (“Caso Kimberly Clark, sessão de 25.01.2017), 1301- 003.656 (“Caso Arcelor Mittal, sessão de 22.01.2019), 1301-003.469 (“Caso CVC Brasil”, sessão de 20.11.2018), 1201-003.203 (“Caso Owens Illinos”, sessão de 16.10.2019) em que esse E. CARF confirma que um investidor estrangeiro não está obrigado a efetuar uma aquisição direta de participação societária caso pudesse fazê-lo por meio de uma investida brasileira. Por fim, também podem ser destacados diversas decisões proferidas por esse E. CARF tais como o acórdão n.º 1201-003.412 (“Caso CSN Mineração S.A.”, sessão de 11.12.2019), 1301-003.937 (“Caso Iriel Industria”, sessão de 11.06.2019), 1201- 002.773 (“Caso Gol Linhas Aéreas”, sessão de 20.03.2019), 1302-003.434 (“Caso TNT Mercúrio, sessão de 22.04.2019), 1201-002.728 (“Caso CTEEP Energia”, sessão de 20.02.2019), 1302-003.337 (“Caso Interprint”, sessão de 22.01.2019), dentre diversas outras que evidenciam a improcedência do posicionamento defendido pela DRJ;
- i) **A amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL** – também neste ponto, repete *ipsis litteris* o conteúdo da impugnação destacando que contrariamente ao que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, § 1º, e 391 do RIR) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL;
- j) Ainda, a decisão da DRJ manteve a multa qualificada de 150% alegando uma “manipulação organizada por seus detalhes que foi desenvolvida com a intenção de não chamar a atenção do fisco” (fl. 17232), simplesmente ignorando que todas as operações, não apenas foram previamente submetidas a autoridades reguladoras do próprio Governo Federal a exemplo da ANEEL, mas foram amplamente divulgadas. Inexiste, no caso, dolo, fraude, simulação ou quaisquer outros vícios de forma ou de vontade na conduta das partes envolvidas capaz de justificar a qualificação da penalidade que deve ser imediatamente afastada por esse E. CARF, inclusive em linha com a sua jurisprudência consolidada que não admite o agravamento de penalidade em

casos envolvendo teses e chavões invocados pelo Fisco a exemplo de “real adquirente” e “confusão patrimonial”;

- k) **Impossibilidade de exigência da multa isolada de 50%** - A manutenção da exigência da multa isolada pela DRJ é ilegítima, uma vez que apenas pode ser exigida antes do encerramento do ano-calendário a que se refere, isto é, para 2016. Após a edição da Lei nº 8.383/91, o IRPJ e a CSLL passaram a ser apurados em sistema de bases correntes, isto é, na medida em que os fatos econômicos integrantes do fato gerador ocorrem, quantifica-se as bases de cálculo naquele mesmo mês e o contribuinte efetua o pagamento desses tributos, recolhidos por estimativa. Contudo, mesmo nesta sistemática, ao final do ano-base o contribuinte deve elaborar sua declaração de ajuste anual, com a finalidade de verificar se o montante que foi pago ao longo do ano excede ou fica aquém do que realmente é devido. De acordo com o artigo 44, inc. II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96, verifica-se que a multa isolada foi instituída com o objetivo de punir o contribuinte que deixar de efetuar os recolhimentos do IRPJ e da CSLL com base em estimativas mensais, caso tenha optado por esta sistemática de recolhimento. Essa norma não se aplica ao caso dos autos por um inquestionável motivo: a impossibilidade de se exigir multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas do IRPJ e da CSLL após o encerramento do ano-calendário. A multa isolada prevista no citado artigo 44 somente é aplicável quando verificada a falta de recolhimento das estimativas mensais antes do encerramento do ano-calendário. Essa conclusão decorre das próprias regras referentes à tributação do IRPJ e da CSLL no regime do lucro real. Ao contrário do que concluiu a DRJ, não deve prosperar a exigência da multa isolada de 50%, pois como já estava encerrado quando ciência da lavratura do Auto de Infração em comento não poderia apurar o IRPJ e a CSLL devidos por estimativa para aplicação dessa penalidade;
- l) **Abusividade da exigência concomitante de multa isolada e de ofício** – também aqui, as razões do recurso foram no mesmo sentido da impugnação, ou seja, de que seria inadmissível o lançamento da multa isolada e da multa de ofício sobre os mesmos valores supostamente devidos a título de IRPJ e da CSLL, pois sobre o montante adicionado às bases de cálculo desses tributos incidu tanto a multa de ofício de 150%, quanto a multa isolada de 50%. Aduz que o aparente conflito entre as normas do artigo 44, inciso I da Lei nº 9.430/96 (multa de ofício de 75%) e o artigo 44, II, b da Lei nº 9.430/96 (multa isolada de 50%) para aplicar as duas multas pode ser facilmente afastado quando se observa que uma conduta está compreendida na outra. Invoca precedentes do CARF e do STJ que reconheceriam que, em decorrência do “princípio da consunção”, a infração mais grave, que no caso presente seria o não recolhimento do tributo, absorveria a infração de menor gravidade para propugnar pelo cancelamento da multa isolada dela exigida;
- m) **Decadência da multa isolada: extinção do crédito tributário** - Além da improcedência demonstrada acima acerca da cobrança da multa isolada de 50%, a manutenção da cobrança também não seria possível tendo em vista a extinção do crédito tributário pela decadência, nos termos do que dispõe o artigo 150, § 4º do CTN. Esse artigo é aplicável ao caso concreto, uma vez (i)

ausentes a figura do dolo, fraude ou simulação; e (ii) a existência de pagamento de antecipações mensais do IRPJ e da CSLL naqueles meses. Desse modo, deve ser reconhecida a extinção do crédito tributário relativa à multa isolada de 50% nos termos do artigo 156, inciso V do CTN, eis que houve o transcurso do prazo de cinco anos entre a ocorrência do fato gerador – apuração de bases mensais para fins da estimativa e a notificação do lançamento fiscal, nos termos em que previsto no entendimento vinculante do STJ sobre a matéria no REsp nº 973.733/SC (de aplicação obrigatória de acordo com o artigo 62-A do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009 e alterações posteriores), o que enseja o cancelamento da respectiva cobrança;

- n) **Inaplicabilidade dos juros sobre a multa** - Por fim, é de se ressaltar que, na absurda hipótese de vir a ser mantida a autuação por esse E. CARF, será indevida a imposição de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, e não paga no vencimento, seja por falta de previsão legal, seja porque o enquadramento legal apontado no auto de infração não autoriza a imposição de juros sobre a multa de ofício, mas apenas sobre os tributos supostamente não pagos, nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.430/96.

Afinal, vieram os autos a este Conselheiro para relatar e votar.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e sua matéria se enquadra na competência deste Colegiado. Os demais pressupostos de admissibilidade igualmente foram atendidos.

Como vimos no Relatório, o presente processo trata de Auto de Infração lavrado em face de ELEKTRO REDES S.A (ELEKTRO). O referido Auto de Infração abrangeu o ano calendário de 2016, e está a exigir IRPJ e CSLL, acrescidos de multa de ofício qualificada de 150% e juros de mora, além da multa isolada incidente sobre as diferenças de antecipações mensais apuradas (estimativas).

A principal questão de mérito é relativa à glosa de amortização de ágio. Em termos bastante sintéticos, a empresa IBERDROLA ENERGIA DO BRASIL LTDA (IBERDROLA ENERGIA) adquiriu 99,68% do capital da empresa ELEKTRO REDES S.A. (ELEKTRO), em 19 de janeiro de 2011. Em decorrência dessa operação, a IBERDROLA ENERGIA apurou e registrou um ágio, decorrente da respectiva aquisição, fundamentado na rentabilidade futura da ELEKTRO. Após a referida aquisição, a IBERDROLA ENERGIA foi cindida parcialmente e, em sequência, ocorreu a incorporação do acervo cindido pela ELEKTRO. Como resultado dessas operações societárias, o ágio pago pela IBERDROLA

ENERGIA na aquisição da ELEKTRO passou a ser amortizado para fins de apuração do IRPJ e da CSSL.

Para contextualizar as operações realizadas reitereo abaixo as empresas envolvidas na aquisição da ELEKTRO pela IBERDROLA ENERGIA:

- 1) AEI Cooperatief (Holding Holandesa), na qualidade de **alienante**;
- 2) EPC – Empresa Paranaense Comercializadora Ltda., na qualidade de **alienada**;
- 3) ELEKTRO Eletricidade e Serviços S.A., na qualidade de **alienada**;
- 4) IBERDROLA Energia do Brasil Ltda, na qualidade de **adquirente**.

A participação adquirida pela IBERDROLA ENERGIA era composta pela aquisição direta de 34,45% do capital da ELEKTRO e 100% das ações da EPC, que detinha participação equivalente a 65,23% do capital da ELEKTRO, totalizando 99,68%. Abaixo reproduzo a estrutura societária da ELEKTRO em dezembro de 2010, período anterior à sua aquisição pela IBERDROLA ENERGIA:

Quadro societário da ELEKTRO em dezembro de 2010						
Acionista	Ações Ordinárias		Ações Preferenciais		Total de Ações	
	Qtde.	Part (%)	Qtde.	Part (%)	Qtde.	Part (%)
AEI BRAZIL FINANCE ¹¹	0	0,00%	66.744.382	65,51%	66.744.382	34,45%
AEIIE ¹²	6.579.221	7,16%	0	0,00%	6.579.221	3,40%
EPC ¹³	59.310.480	64,55%	0	0,00%	59.310.480	30,61%
ETB ¹⁴	25.964.606	28,26%	34.535.204	33,90%	60.499.810	31,22%
Acionistas Minoritários	26.665	0,03%	598.707	0,59%	625.372	0,32%
Total	91.880.972	100,00%	101.878.293	100,00%	193.759.265	100,00%
Participação sobre o total de Ações		47,42%		52,58%		100,00%

Quadro societário dos acionistas da ELEKTRO em dezembro de 2010 ¹⁵					
EPC		ETB		AEIIE	
	%		%		%
ETB	53,49	A E I	50,46	ETB	50,19
AEI BRAZIL PD HOLDINGS	46,28	AEI BRAZIL POWER HOLDINGS	49,54	AEI BRAZIL PD HOLDINGS	49,31
AEI BRAZIL POWER INVESTMENTS	0,23			AEI BRAZIL POWER INVESTMENTS	0,5

A proprietária final direta e indiretamente de cada uma das empresas: ETB, EPC, AEI BRAZIL FINANCE, AEIIE, AEI BRAZIL PD, AEI INVESTMENTS, AEI BRAZIL POWER e, de 99,68% das ações emitidas e em circulação no capital da ELEKTRO era a empresa AEI (holding estrangeira com sede à Clifton House, 75 Fort Street, PO Box 1350, Ilhas Cayman).

O preço de aquisição pactuado no contrato foi de US\$2.400.000.000,00 no total. Também foi pactuada a necessidade de se efetivar, anteriormente ao fechamento do negócio, a reestruturação societária dos acionistas da ELEKTRO e a criação de uma holding sujeita às leis holandesas, no caso, a AEI BRAZIL HOLDINGS COOPERATIF U.A., para concentrar as transações. Após a criação dessa empresa e a consequente transferência das participações societárias das empresas EPC e

ELEKTRON para a mesma, ocorreu a finalização do negócio, desta feita realizado entre a holding holandesa e a IBERDROLA ENERGIA.

Em 26 de abril de 2011, a IBERDROLA ENERGIA efetuou o pagamento de US\$2.283.823.668,31 para a holding holandesa AEI COOPERATIEF, equivalentes a R\$3.562.764.922,57. O pagamento do preço foi realizado pela IBERDROLA ENERGIA à AEI COOPERATIEF por intermédio dos contratos de câmbio de n.º 11/076492, 11/076493, 11/076494 e 11/076495, **todos datados de 26 de abril de 2011.**

Ocorre, porém, que a Fiscalização verificou que até 2010 a IBERDROLA ENERGIA não detinha recursos suficientes para o respectivo pagamento (seu capital social montava em torno de 60 milhões de reais). Constatou a Autoridade Fiscal que somente em outubro de 2011, ou seja, sete meses após o pagamento do preço, teria ocorrido a integralização parcial do capital social da IBERDROLA ENERGIA no valor de R\$ 3.768.960.000,00, mediante o aproveitamento de recursos emitidos no exterior nos termos do Contrato de Câmbio n.º 11/037708, de 26 de abril de 2011.

Ou seja, **no mesmo dia 26 de abril de 2011**, a IBERDROLA ENERGIA recebeu de seus controladores no exterior a exata quantia que teve de desembolsar para a quitação da compra da EPC e da ELEKTRON. Daí a conclusão da Fiscalização de que a IBERDROLA ENERGIA não teria feito qualquer dispêndio quando da aquisição realizada, pois não tinha em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio ora discutido e, conseqüentemente, quem teria suportado referido ágio pela aquisição da EPC e ELEKTRO teria sido sua controladora na Espanha.

Assim, considerou a Fiscalização como sendo a real adquirente pessoa jurídica situada no exterior, não tendo ocorrido a confusão patrimonial necessária entre a adquirente e a investida; Para tanto, teria a Contribuinte e os demais intervenientes no negócio (adquirentes) se utilizado de empresa dita veículo (HIBERDROLA ENERGIA), ou seja, pessoa jurídica sem a necessária capacidade econômica, que teria servido apenas para que a dedução do ágio fosse possível, à luz da legislação tributária, após a sua incorporação.

A par das alegações da Recorrente, já exaustivamente discutidas no Relatório, e que serão analisadas a seguir, à medida que o raciocínio for sendo desenvolvido, entendo que o Auto de Infração não merece reparos, pelo menos no que diz respeito à matéria principal de mérito (glosa das despesas com ágio).

A geração e o aproveitamento do ágio

Apesar de o assunto “ágio” ser recorrente no âmbito deste Tribunal, para dar completude ao voto, faz-se necessário discorrer acerca dos conceitos e das normas atinentes à matéria. Para tanto, me socorro das lições da Ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa que, através do Acórdão n.º 9101-004.562 – CSRF/1ª Turma, nos brinda com ensinamentos valiosos a respeito:

Já no âmbito da apuração do lucro real, o Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, disciplinou os efeitos das amortizações de ágio e deságio, mas em razão do disposto em seu art. 34, a Lei n.º 9.532, de 1997 impôs limites à amortização do ágio naqueles casos, alinhando os efeitos fiscais aos contábeis, como a seguir demonstrado.

De fato, os efeitos das amortizações de ágio e deságio, à época em que as operações foram realizadas, estavam assim disciplinados no Decreto-lei n.º 1.598, de 1977:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei n.º 1.648, de 1978).

[...]

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979);

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.648, de 1978). (*negrejou-se*)

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei n.º 6.404, de 1976:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei n.º 6.404, de 1976, e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, o legislador assim fixou na seqüência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou

quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

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

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

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

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

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532, de 1997, expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

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

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

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

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532, de 1997, podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização,

bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico- tributários que o justificassem.

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro tributável, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Apesar disso, é recorrente a afirmação de que a Lei nº 9.532, de 1997, teria instituído um benefício fiscal. Ora, a regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento, e as justificativas apresentadas pela Comissão de Finanças e Tributação para negar sua revogação por meio do Projeto de Lei nº 2.922, de 2000, não alteram a motivação originalmente apresentada para a edição dos dispositivos legais em referência. Impróprio, assim, cogitar que a dedutibilidade fiscal do ágio gerado na aquisição de sociedades teve como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, tais como as ocorridas em processos de privatização. Se a extinção de Cosan S/A ou da adquirida não integrava as pretensões futuras do grupo empresarial, a impossibilidade de aproveitamento do ágio era uma desvantagem que deveria ser considerada na decisão empresarial.

Neste sentido, inclusive, é o entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira (*Fundamentos do Imposto de Renda*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 766):

Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível – haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição da dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei n. 1598.

Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que "*a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra*", segundo o "*caput*" do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de

patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica "*na qual detenha participação societária adquirida com ágio*". E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer "*em virtude de incorporação, fusão ou cisão*".

Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

O art. 8º, letra "b", dá a alternativa de se inverter a ordem, ou seja, trata a absorção da investidora pela investida (a chamada "incorporação para baixo" ou "down stream merger") do mesmo modo que a absorção da investida pela investidora (a "incorporação para cima" ou "up stream merger"), que está prevista no art. 7º.

Seja como for, o relevante para a lei é a substância da reunião das duas (ou mais de duas pessoas jurídicas) pessoas jurídicas, por um dos atos jurídicos previstos nos dois artigos.

Portanto, é insuficiente que a amortização do ágio se verifique em contrapartida à expectativa de lucros a serem gerados, sendo fundamental a absorção de patrimônio envolvendo investidora e investida. Na sistemática vigente à época, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro tributável, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro tributável, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois Cosan S/A permaneceu detendo as participações da adquirida, ainda que indiretamente, depois da cisão destas à autuada.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM n.º 349, de 2001, que alterou a redação da Instrução CVM n.º 319, de 1999:

A Instrução CVM n.º 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

A CVM, portanto, ao cuidar da qualidade das demonstrações financeiras das companhias abertas, já havia identificado a distorção promovida por operações como as aqui verificadas, ao final das quais o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. Por sua vez, a solução encontrada para corrigir esta divergência foi, justamente, a constituição de uma provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, a qual se presta a neutralizar os efeitos do ativo contabilizado em razão da transferência do ágio, exceto em relação ao *benefício fiscal decorrente da sua amortização*, consoante expresso no texto

consolidado da Instrução Normativa CVM nº 319, de 1999, alterada pela Instrução Normativa CVM nº 349, de 2001:

Art. 6º - O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:

I. nas contas representativas dos bens que lhes deram origem – quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 1º);

II. em conta específica do ativo imobilizado (ágio) – quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea b); e

III. em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea a).

§ 1º O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar, relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:

a. constituir provisão, na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, que será apresentada como redução da conta em que o ágio foi registrado;

b. registrar o valor líquido (ágio menos provisão) em contrapartida da conta de reserva referida neste parágrafo;

c. reverter a provisão referida na letra "a" acima para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio; e

d. apresentar, para fins de divulgação das demonstrações contábeis, o valor líquido referido na letra "a" no ativo circulante e/ou realizável a longo prazo, conforme a expectativa da sua realização.

§ 2º A reserva referida no parágrafo anterior somente poderá ser incorporada ao capital social, na medida da amortização do ágio que lhe deu origem, em proveito de todos os acionistas, excetuado o disposto no art. 7º desta Instrução.

§ 3º Após a incorporação, o ágio ou o deságio continuará sendo amortizado observando-se, no que couber, as disposições das Instruções CVM nº 247, de 27 de março de 1996, e nº 285, de 31 de julho de 1998. *(negrejou-se)*

Não se trata, aqui, de determinar incidência tributária a partir de ato normativo da CVM, cuja competência, sabe-se, não afeta este campo interpretativo. Trata-se, apenas, de evidência de que a transferência do ágio promovida mediante empresa veículo acaba por duplicar seu valor no patrimônio da investida e da investidora, e exige procedimentos contábeis para neutralização deste efeito indesejado.

Dos ensinamentos da Conselheira Edeli Pereira Bessa, podemos extrair alguns pontos que vão ser de interesse em nossa análise:

- 1) A Lei nº 9.532/97 impôs limites à amortização do ágio;

- 2) Tais limites se consubstanciam em instrumentos, constantes do próprio texto legal, para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos (a teor do art. 7º transcrito acima);
- 3) O primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível é que haja a absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão, condição esta que deve ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente;
- 4) A dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que "*a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra*", segundo o "*caput*" do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica "*na qual detenha participação societária adquirida com ágio*". E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer "*em virtude de incorporação, fusão ou cisão*"; Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida, admitindo-se, conforme o art. 8º, a chamada incorporação reversa (em que a investida incorpora a investidora);
- 5) Assim, verifica-se que é insuficiente que a amortização do ágio se dê em contrapartida à expectativa de lucros a serem gerados, sendo fundamental a absorção de patrimônio envolvendo investidora e investida, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável;
- 6) Segundo a própria CVM, a criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio, permanecem inalterados na controladora original. Em virtude dessas distorções, editou normas específicas, a exemplo das Instruções Normativas nº 319/99 e 349/01, para adequar as demonstrações contábeis no sentido de neutralizar tais efeitos indesejados.

Voltando ao caso concreto sob análise, lembro que já me manifestei no sentido de que o Auto de Infração praticamente não mereceria reparos. Os fatos narrados, analisados em conjunto com a legislação de regência nos levam às mesmas conclusões da Autoridade Fiscal e da Autoridade Julgadora de 1ª instância, ou seja:

- a) Não se questionam as razões empresariais do grupo IBERDROLA (no exterior) na aquisição da ELEKTRO/EPC, nem que as partes envolvidas sejam independentes, ou mesmo a própria composição do custo de aquisição que resultou no surgimento do ágio em questão;

- b) Questiona-se, isso sim, a licitude da dedução desse ágio na apuração no IRPJ e da CSLL e a forma das operações empreendidas para tal fim, mormente a utilização da IBERDROLA ENERGIA como verdadeira “empresa veículo”;
- c) A IBERDROLA ENERGIA não tinha capacidade financeira para, por si só, realizar um investimento significativo, da ordem de 2,4 bilhões de dólares; não possuía substrato econômico suficiente para tanto;
- d) O pagamento pela compra da ELEKTRO/EPC foi efetivado em 26 de abril de 2011, pela IBERDROLA ENERGIA ao grupo AEI, conforme comprovam os contratos de câmbio n.º 11/076492, 11/076493, 11/076494 e 11/076495; os recursos necessários para tal fim foram recebidos da IBERDROLA S/A (Espanha) no mesmo dia 26 de abril de 2011, conforme comprova o contrato de câmbio n.º 11/037708; entretanto, o aumento de capital da IBERDROLA ENERGIA foi integralizado, formalmente, tão somente em 31 de outubro de 2011, através da sua 29ª alteração contratual;
- e) Até então, a IBERDROLA ENERGIA era uma empresa sem nenhuma relevância econômica, acumulando sucessivos e vultosos prejuízos, ano após ano, até 2010;
- f) Como muito bem pautado pela decisão recorrida, não se revela na operação realizada nenhum propósito negocial que possa ser oposto à Fazenda Pública, *“porquanto inexistentes elementos que denotem a imprescindibilidade funcional de IBERDROLA ENERGIA no contexto para que a empresa alvo (impugnante) fosse adquirida”*;
- g) Na prática, o que se verifica no caso concreto é uma negociação realizada entre dois grupos empresariais estrangeiros, onde figuram as empresas vinculadas ao grupo AEI (holandesa) e o grupo IBERDROLA (espanhol);
- h) as sucessivas operações societárias foram realizadas com o objetivo único de auferir vantagem tributária, eis que desnecessárias diante da configuração final do negócio entabulado e capitaneado pela controladora da Recorrente no exterior; neste ponto, acertada a decisão recorrida ao inferir que *“a inserção de empresa de passagem dentro da reengenharia societária não ganha legitimidade, vez que, se um lado não encontro qualquer impedimento para que a impugnante fosse adquirida diretamente pelo grupo IBERDROLA (na Espanha), de outro, entendo ausente um propósito extratributário idôneo que possa razoavelmente explicar a circulação de ativo financeiro pelas vias inesperadas”*;

Percebe-se, então, com clareza, que as operações societárias engendradas pela Recorrente, juntamente com suas controladoras, não tiveram outra intenção a não ser viabilizar a dedução do ágio. De outra sorte, o referido ágio não poderia ser objeto de dedução, considerando-se que a real adquirente da ELEKTRO/EPC foi o grupo IBERDROLA S/A, sediado no exterior. Isso porque, como vimos anteriormente, o primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível é que haja a absorção de patrimônio por meio de incorporação,

fusão ou cisão, condição esta que deve ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente.

No caso, em sendo o real comprador das participações societárias o grupo IBERDROLA S/A (Espanha), essa primeira condição não foi satisfeita, pelo menos não há nenhuma notícia nos autos a respeito.

Passemos, pois, à análise dos argumentos trazidos pelo recurso voluntário, à luz das considerações feitas acima.

Primeiramente, a recorrente aduz que a decisão recorrida confunde a IBERDROLA ENERGIA com seu respectivo sócio estrangeiro em razão do ato jurídico de subscrição de capital, o que violaria não apenas a legalidade e a segurança jurídica, mas estaria a desprezar os efeitos jurídicos que devem orientar o intérprete a verificar atos legítimos à luz do seu conteúdo; Além do mais, a DRJ estaria a demonstrar uma clara irresignação quanto à estrutura válida de aquisição do investimento pela IBERDROLA ENERGIA (considerada indevidamente como “empresa veículo ou de passagem”), ao invés da aquisição direta por uma sociedade no exterior, como forma de negar o legítimo direito ao regime do ágio da Lei n.º 9.532/97. Considera que essa ingerência nos atos próprios da administração das sociedades é im procedente e inaceitável.

Aduz, ainda, a Recorrente, que a descon sideração dos efeitos de atos jurídicos legítimos só pode ser feita quando o Fisco identifica e comprova a presença de vícios e patologias nos atos jurídicos praticados, os quais inexisteriam no presente caso, sejam eles vícios de forma ou de motivação em razão da absoluta coerência entre os fatos e os negócios praticados. Sem qualquer base legal, a DRJ perpetuaria, portanto, a ficção de que a origem dos recursos deve prevalecer sobre os atos jurídicos praticados, as autorizações obtidas pela Recorrente junto a órgãos reguladores para implementar a aquisição (e não de qualquer empresa no exterior) e demais aspectos que teriam sido provados nos autos.

Também defende que a exigência de “propósito negocial a ser oposto em face do Fisco” não poderia ser invocada pela DRJ como justificativa para a manutenção da cobrança. A esse respeito, destaca a Recorrente o posicionamento firmado pelo STF no julgamento da ADI n.º 2446 que transitou em julgado em maio de 2022. No referido julgamento, teria prevalecido o voto condutor da Ministra Relatora Carmen Lúcia que teria restringido a aplicação do artigo 116, parágrafo único, do CTN, somente para descon siderar condutas ilícitas, de tal modo que a exigência de “propósito negocial” ou “motivação extratributária” careceria de base legal para exigir tributos e impedir a dedução fiscal do ágio, cujo aproveitamento teria observado, no presente caso, todos os requisitos legais.

Cita diversos precedentes do CARF, especialmente o Acórdão n.º 1301-006.065 (sessão de 22/09/2022), proferido pela 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção, nos autos do processo administrativo n.º 16561.720169/2017-11, também de sua titularidade.

Preliminarmente, este Relator não pode dar o peso pretendido pela Recorrente a decisão proferida no âmbito de outra Turma desta Câmara Baixa; as decisões proferidas no âmbito do CARF são de todo respeitáveis e podem vir a ser levadas em consideração na atividade jurisdicional afeta a este Tribunal. Entretanto, tais decisões se resumem a auxiliar, aprimorar e ilustrar os julgamentos realizados no Tribunal, não vinculando o julgador quando da

análise do caso concreto levado ao seu escrutínio; mormente em casos como este, que estamos a apreciar, cujas teses, tanto de defesa, quanto de acusação, são deveras tormentosas e longe de veicularem entendimentos comuns entre si. Tal dissonância, por si só, reflete a dificuldade existente na análise de tais processos e exige muito mais cuidado por parte do Julgador ao vincular o seu entendimento aos paradigmas trazidos pelas partes. Para corroborar esse entendimento, vejam que a decisão proferida nos autos do processo n.º 16561.720169/2017-11, de sua titularidade, foi pelo provimento do recurso voluntário após o empate na votação (voto de qualidade a favor do Contribuinte, conforme o disposto no art. 19-E da Lei n.º 10.522/2002, com a redação dada pela Lei n.º 13.988/2020).

As operações que envolvem os casos de ágio são de múltiplas facetas, complexas em sua maioria, e dificilmente podem ser consideradas idênticas. Os paradigmas apresentados, à exceção do processo administrativo citado acima, continham decisão baseada em circunstâncias fáticas específicas que não se verificam no caso analisado pelo acórdão recorrido. A dificuldade que existe neste tipo de comparação, quando a matéria em apreço refere-se a complexas operações de reestruturação societária, é enorme.

Quanto à decisão do STF citada pela Recorrente, também não vincula o colegiado; isso porque não vejo como aplicável ao caso concreto, pois não estamos tratando aqui de desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Trata-se, isso sim, da completa inadequação dos atos e negócios jurídicos realizados com os requisitos necessários e previstos na legislação para a dedução do ágio gerado e deduzido pela Recorrente. Veremos mais à frente, quando tratarmos da multa qualificada, que restou configurado verdadeiro abuso de direito por parte da Recorrente no sentido de deduzir despesa que não era passível de apropriação nas condições em que verdadeiramente incorrida. Portanto, tais argumentos perdem força e sentido diante do caso concreto ora apreciado.

No mérito de sua alegação, de que tanto a Fiscalização quanto a DRJ estariam confundindo a IBERDROLA ENERGIA com sua “sócia” no exterior ou, a respeito da validade da estrutura societária criada para viabilizar a operação, haja vista a inexistência de vícios e/ou patologias dos atos jurídicos praticados, além da inexistência de norma cogente a exigir a ocorrência de propósito negocial a ser oposto em face do Fisco, creio que a decisão recorrida se desincumbiu de forma mais do que adequada para sua rejeição.

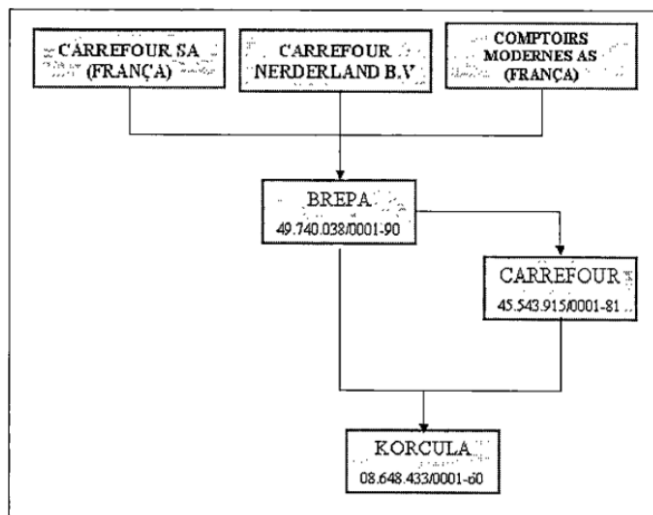
Como já nos manifestamos anteriormente, não se questionam as razões empresariais do grupo IBERDROLA S/A relativamente à forma como foi estruturada a aquisição da ELEKTRO/EPC, nem que as partes envolvidas sejam independentes, ou mesmo a própria composição do custo de aquisição que resultou no surgimento do ágio em questão; o ponto nevrálgico que envolve a autuação está centrado na utilização de empresa veículo para viabilizar a amortização do ágio sem que tivesse havido a necessária confusão patrimonial entre o real adquirente e o investimento adquirido. Para sedimentar o entendimento deste julgador em relação a esta matéria em si, vou me socorrer do acórdão n.º 9101-002.962, em voto condutor lavrado pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo e que, em grande medida, se assemelha em relação às operações empreendidas, ao nosso caso em apreço:

Compulsando-se o Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 15.473 e ss.), o acórdão recorrido e o recurso ora apreciado, pode-se sintetizar, de forma simplificada, as operações que deram azo à autuação fiscal que glosou despesas com amortização de ágio conforme a seguir.

A empresa KORCULA, do Grupo Carrefour, adquiriu a integralidade do capital social da empresa ATACADÃO (a atuada e ora Recorrente) com ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura. A operação envolveu partes independentes, o ágio foi efetivamente pago e se fundou em laudo de avaliação econômica cuja legitimidade não foi contestada. Posteriormente a ATACADÃO incorporou a KORCULA (incorporação reversa) e passou a deduzir a amortização do ágio pago em sua própria aquisição das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Dito isso, cumpre explicitar, também de forma sintética, as operações levadas a cabo na aquisição de que resultou o ágio:

- 1 - Em Fevereiro/2007 é constituída a *holding* KORCULA por dois sócios pessoas físicas com capital de R\$ 100,00.
- 2 - Em 10/04/2007, os sócios de KORCULA cedem 99% de suas quotas à empresa BREPA e 1% ao CARREFOUR, passando a KORCULA a funcionar no mesmo prédio de suas duas sócias. BREPA é uma *holding* que detém 97,49% do capital do CARREFOUR, sendo que 97,26% do seu capital é detido por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos.
- 3 - Em 27/04/2007, a controladora CARREFOUR BV integraliza R\$ 1.137.810.798,17 em aumento do capital da sua controlada BREPA, em moeda corrente nacional proveniente de ordem de pagamento do exterior.
- 4 - Em 30/04/2007 (três dias após, portanto), a controladora BREPA utiliza praticamente o mesmo valor (R\$ 1.137.810.898,00, diferença de R\$ 10,00) para integralizar aumento de capital da sua controlada KORCULA, com a anuência do outro sócio (CARREFOUR). O organograma do grupo nesse momento apresentava a seguinte configuração:

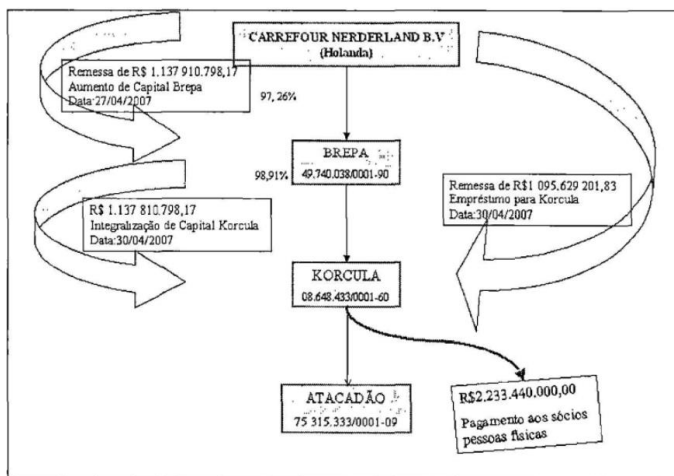


- 5 - No mesmo dia 30/04/2007, são efetivados os pagamentos referentes à aquisição da ATACADÃO (que tinha como sócios as pessoas jurídicas PRIMART II e LOLY II, além de Farid Curi) pela KORCULA.

Tal aquisição fora acordada em contrato celebrado dez dias antes, figurando como vendedores as pessoas físicas sócias de PRIMART (“família Lima”), as pessoas físicas sócias de LOLY (“família Schmeil”) e Farid Curi, e, como compradora, KORCULA. **Apesar de KORCULA figurar como compradora, o contrato previa que as notificações decorrentes das obrigações aí assumidas deveriam ser enviadas à BREPA, como garantidora e principal**

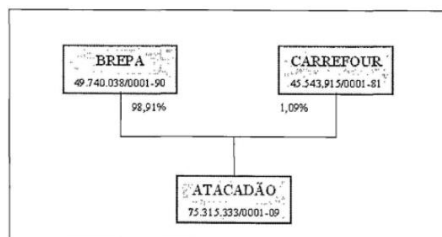
pagadora das obrigações da compradora. O valor total de venda acordado foi de R\$ 2.233.440.000,00, sendo pago ágio no montante de R\$ 1.780.738.273,26.

Observando a Fiscalização que o montante faltante para o pagamento dos R\$ 2.233.440.000,00 acordados foi obtido mediante empréstimo direto de CARREFOUR BV a KORCULA, no valor de R\$ 1.095.629.201,83 (a KORCULA dispunha somente de R\$ 1.137.810.898,00 oriundos do aumento de capital integralizado pela BREPA), concluiu a autoridade fiscal que "CARREFOUR BV foi a origem dos recursos para a compra do ATACADÃO, seja através de aumento de capital que passou por BREPA, seja através de empréstimo direto para KORCULA". Elaborou a Fiscalização o seguinte quadro que resume as operações:



Mais adiante, foi levada a cabo a incorporação reversa de KORCULA por ATACADÃO, seguindo os passos a seguir:

- 1 - PRIMART II e LOLY II são incorporadas por KORCULA, de forma que, em Dezembro/2007, ATACADÃO passa a ser subsidiária integral de KORCULA;
- 2 - Em 31/01/2008, KORCULA é incorporada por ATACADÃO, passando a última a ser controlada direta de BREPA (98,91% de participação) e de CARREFOUR (1,09% de participação), conforme quadro a seguir.



- 3 - A partir dessa incorporação reversa, ATACADÃO passa a amortizar o ágio, cujo valor efetivo é de R\$ 1.702.116.571,36 (o ágio pago foi reduzido após ajustes no valor de aquisição decorrentes de compromissos anteriores existentes em ATACADÃO), deduzindo a amortização das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Analisando as operações descritas, a Fiscalização considerou que a aquisição foi feita, de fato, por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos, tendo a KORCULA sido utilizada com o fim único de possibilitar a extinção do investimento adquirido com ágio e, assim, de forma artificial, possibilitar a

dedução da amortização desse ágio como despesa das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (KORCULA exerceu a função de "empresa veículo").

A Recorrente, por outro lado, funda suas alegações em dois eixos básicos. De um lado ataca a conclusão de que a KORCULA seria mera "empresa veículo", afirmando seu efetivo propósito negocial. Aduz que a KORCULA não fez surgir ou aumentar o ágio, mas sim desempenhou função relevante no processo de aquisição, tendo recebido aumento de capital, tomado empréstimo e o renegociado com novo credor, adquirido as participações na Recorrente, sendo, ao final, incorporada pela Recorrente. De outro, aduz que, ainda que a KORCULA fosse uma "empresa veículo" sem propósito negocial, a dedução da amortização do ágio seria legítima, uma vez que os requisitos da Lei n.º 9.532, de 1997, foram atendidos. Nesse sentido, assevera que as despesas geradas pela amortização fiscal do ágio resultante da aquisição da Recorrente pela KORCULA foram abatidas contra as receitas geradas pelas atividades econômicas da própria Recorrente, não encontrando a pretensão da autoridade fiscal de obrigar o investidor a adquirir diretamente empresa alvo qualquer respaldo na legislação aplicável.

Ainda que não se esteja diante de caso em que o ágio foi artificialmente gerado em operações internas de grupo econômico sem que tenha havido dispêndio, não se pode afirmar a dedutibilidade de sua amortização nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL tão somente pela higidez de sua origem. A legitimidade do ágio e o direito à contabilização de sua amortização não estabelecem, por si só, o direito à sua dedução fiscal. Com efeito, a legislação tributária, ao fixar o tratamento fiscal do ágio, estabelece contornos próprios para esse instituto, e a dedutibilidade de sua amortização depende do estrito cumprimento das regras ali estabelecidas.

Nesse sentido, em elucidativa incursão conceitual e histórica do ágio, o Conselheiro André Mendes de Moura afirma o conceito jurídico próprio de ágio, o qual é determinado pela legislação tributária e baliza a apreciação dos efeitos na apuração dos tributos (acórdão n.º 9101-002.304, desta 1ª Turma da CRSF, de 6 de abril de 2016). Nesse e em diversos outros julgados recentes desta Turma em que o voto condutor foi de sua lavra se afirma que "*o conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica*".

Nesse contexto, a legislação tributária estabelece duas situações (ou "eventos") em que o ágio contabilizado é "aproveitado" na redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Ambas se relacionam a eventos em que o investimento da investidora na investida se extingue, deixa de existir.

O primeiro evento é o de alienação ou liquidação do investimento na investida pela investidora. O ágio contabilizado se soma ao valor de patrimônio líquido do investimento para compor o valor contábil a ser considerado na apuração do ganho de capital, reduzindo-o (art. 33 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, na redação da época dos fatos, e art. 426 do RIR/1999). E o investimento deixa de existir na investidora, com a baixa do investimento alienado, ocorrendo uma "separação" entre investidora e investida.

O segundo evento é o de incorporação, fusão ou cisão em que investidora e investida passem a constituir uma mesma empresa. A partir da edição da Medida Provisória n.º 1.607, de 1997, convertida na Lei n.º 9.532, de 1997, tal

situação passou a ser regrada pelos dispositivos ali existentes (arts. 7º e 8º na Lei nº 9.532, de 1997). Com a absorção da investida pela investidora (ou vice-versa) ali prevista, ocorre o "encontro" entre investida e investidora (confusão patrimonial) e a consequente extinção do investimento. Nessa situação, os dispositivos em questão estabelecem permissivo legal de o ágio contabilizado ser amortizado (e deduzido) à razão de no máximo um sessenta avos por mês.

De anotar, aliás, a concepção expressa no acórdão recorrido de que a hipótese de aproveitamento do ágio via amortização em caso de incorporação, fusão ou cisão, é excepcional em face da regra geral de utilização do ágio somente na alienação do investimento ("*constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer ... a amortização do ágio seria exceção*").

Os referidos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Esse dispositivo do RIR/1999 guarda forte relação com o artigo que lhe antecede, o qual, reproduzindo as disposições do art. 20 do já citado Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, estabelece as regras de contabilização do ágio.

Transcrevem-se, pois, os arts. 385 e 386 do RIR/1999:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

permanente, não sujeita a amortização;

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

I - 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;

II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

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

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

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

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

Das disposições dos artigos transcritos tem-se que a confusão patrimonial entre investidora e investida se revela como fato condicionante para que a amortização do ágio pago na aquisição do investimento se torne possível por ocasião de incorporação, cisão ou fusão. A lógica que permeia esta condição reside no fato de que é a extinção do investimento que enseja o aproveitamento

do ágio, e nos casos de incorporação, cisão ou fusão, a extinção do investimento somente ocorre quando os patrimônios da investidora e da investida se encontram (ou se confundem).

Nesse quadro, da mesma forma que o ágio em si não pode ser artificial para que se possa admitir a dedução da despesa com sua amortização (esta 1ª Turma tem sistematicamente mantido glosas em que o ágio foi gerado artificialmente dentro de grupo econômico, sem qualquer dispêndio), também não se pode admitir sua dedução quando a confusão patrimonial é apenas aparente. Assim, caso a empresa investidora cujo patrimônio se encontrou com a empresa investida em decorrência de evento de incorporação, cisão ou fusão não for aquela que efetivamente suportou a aquisição do investimento, a despesa com amortização do ágio não poderá ser deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por diversas oportunidades esta 1ª Turma da CRSF vem se defrontando com casos em que operações societárias e movimentação de recursos precedem a incorporação de empresa adquirida com ágio junto à terceiros, incorporação essa que enseja a amortização do ágio pelo permissivo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Em todas elas, a averiguação da correção da dedução do ágio amortizado nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL não se restringe à legitimidade de origem do ágio e aos aspectos formais das operações. A confusão patrimonial entre a real investidora e a investida é requisito indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, afastando-se situações artificiais em que a incorporação não envolve a real investidora.

Cite-se, por exemplo, o já mencionado acórdão nº 9101-002.304 (de 6 de abril de 2016) e o nº 9101-002.312 (de 3 de maio de 2016), ambos da lavra do Conselheiro André Mendes Moura. Transcreve-se a bem traçada ementa do primeiro julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO

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

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

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável.

Mencione-se também os acórdãos nº 9101-002.428 (de 18 de agosto de 2016) e nº 9101-002.470 (de 21 de novembro de 2016), em que o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo figurou como Relator, valendo transcrever o trecho a seguir da ementa do último julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

Cite-se, por fim, o acórdão nº 9101-002.213 (de 3 de fevereiro de 2016), da lavra do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, cuja ementa é transcrita a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO

PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

No antes referido acórdão n.º 9101-002.470, o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo foi preciso ao situar a figura do investidor de fato, que suporta o ágio, e a confusão patrimonial, efetiva e não aparente, nos componentes pessoal e material das regras de amortização do ágio que o RIR/1999 traz, nos já transcritos arts. 385 e 386, da Lei n.º 9.532, de 1997, e no Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977. **Caso o ágio não tenha sido de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não restarão satisfeitos nem o aspecto pessoal da norma nem o material, não havendo "sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999".** Confirma-se:

*Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio).** Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.*

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

(...)

*De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, **consoma-se quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente** (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendidos os recursos aportados e o risco do empreendimento).*

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade.

Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial".

Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela

investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

O Conselheiro André Mendes Moura, por sua vez, no acórdão nº 9101-002.304, mostra que, independentemente da "genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada", o investidor originário é, de fato, aquele de quem partem a decisão e os recursos para a aquisição do investimento com sobrepreço. Veja-se:

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

Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida?

Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a investidora originária.

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

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

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

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

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

possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária), mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).

Diversos elementos fáticos destacados no TVF (item VII, "Análise das Operações Efetuadas pelo Grupo Carrefour") apontam nesse sentido, como se vê a seguir.

Em primeiro lugar, os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV). Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros. Confira-se:

91. O Carrefour BV foi a real adquirente do Atacadão, tendo não só fornecido a totalidade dos recursos financeiros (via aumento de capital social e empréstimo), que fizeram uma rápida passagem pela Berpa e pela Korcula antes de serem transferidos para os vendedores do Atacadão, como provavelmente foi o centro decisório da aquisição.

(...)

106. Há um outro aspecto bastante engenhoso nesta operação, que é o pagamento de parte da aquisição com empréstimo. O empréstimo concedido pelo Carrefour BV à empresa Korcula representou 49% do pagamento aos vendedores, portanto, 49% do ágio apurado no negócio.

107. Da concessão do empréstimo, em 30/04/2007, até a incorporação pelo Atacadão, em janeiro de 2008, a Korcula não pagou juros ou qualquer valor do principal. Em 18/01/2008, pouco antes da sua incorporação, a Korcula tomou um novo empréstimo com o grupo BNP Paribas, através de venda de títulos de sua emissão, representativos de quotas de capital, com prazo para recompra. Com a incorporação reversa, esse empréstimo está sendo suportado pelo próprio Atacadão.

108. O ágio é um ativo de quem paga o investimento. Neste caso, é o Carrefour BV, empresa sediada no exterior, o local de decisão da operação e a provedora dos recursos necessários para a sua execução, é a ela que pertencem o investimento e o ágio decorrente. E por estar no exterior a fonte dos recursos, por conseguinte, o ágio não tem como ser amortizado aqui no Brasil.

Mas há também outros elementos indicativos da artificialidade da amortização pretendida.

Tome-se, por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a inexistência de estrutura operativa nessa empresa, consideradas a magnitude e a complexidade do negócio, que envolvia avaliação de ativos e ágio por rentabilidade futura. Veja-se:

86. No caso em análise, o ágio contabilizado foi baseado no valor da rentabilidade futura da empresa adquirida. Tal fundamento foi justificado por diversos demonstrativos e tabelas, várias em francês, sem nenhuma

*identificação, que foram apresentados à fiscalização como sendo a Avaliação Econômico-Financeira do Atacadão que teria sido feita pela **Korcula**⁵⁶. É de se notar a rapidez com que a **Korcula** conseguiu elaborar uma avaliação de rentabilidade futura, vez que passou a fazer parte do Grupo Carrefour somente em 10/04/2007 e, em 30/04/2007, já estava adquirindo a empresa objeto da avaliação. E mais, sem ter despesa alguma seja com empregados ou com prestadores de serviço⁵⁷.*

A destacar também a rapidez com que os recursos chegaram a KORCULA e passaram para os alienantes de ATACADÃO e a existência efêmera da KORCULA:

*94. A passagem desses recursos pela **Brepa** e pela **Korcula** foi de apenas algumas horas, visto que foram recebidos em 30/04/2007 e transferidos para os vendedores no mesmo dia 30/04/2007. Essa rápida passagem serviu apenas **para dar a aparência formal ao negócio**. E na sequência, a subsidiária **Atacadão** incorporou sua controladora formal **Korcula**, em operação denominada de “incorporação às avessas”, **para dar aparência de extinção do investimento**.*

E ainda a inconsistência e a incapacidade de a Fiscalizada justificar a existência da KORCULA:

*97. Apesar dessa constatação, a fiscalizada foi intimada⁵⁵ a justificar os motivos e fins da existência da sociedade **Korcula**, destacando os benefícios esperados. Em resposta foi informado que⁵⁶:*

(...)

Como se tratava de um novo negócio, sobre o qual o Grupo Carrefour ainda não tinha certeza dos resultados que iria alcançar, foi feita a opção por desenvolver a nova atividade em empresa autônoma, desvinculada das empresas que já existiam e se dedicavam ao mercado varejista.

*(...) após um período de adaptação, a existência da empresa **Korcula Participações Ltda** passou a ser desnecessária. Assim, foi feito um projeto de reestruturação societária do Grupo Carrefour no Brasil, com o objetivo de integrar essa sociedade e as demais empresas antes pertencentes ao Atacadão, ao Grupo Carrefour.*

Com a reorganização das empresas, conseguiu-se reduzir os custos totais de manutenção das estruturas, bem como foram verificados ganhos de eficiência operacional, administrativa e financeira.

*98. Vale a pena reapresentar a justificativa constante do Protocolo elaborado quando da incorporação da **Korcula** pelo **Atacadão**:*

(...) entendem que a incorporação da segunda nomeada pela primeira é de real interesse das sociedades uma vez que, tendo em vista a correlação existente entre as mesmas, proporcionará uma maior sinergia com o desenvolvimento de outras atividades afins, bem como acarretará considerável economia operacional e administrativa com a concentração das atividades administrativas em uma única unidade. Assim, as administrações das sociedades acima mencionadas entendem de todo conveniente a citada incorporação, pelo que aconselham a sua aprovação.

*99. Como se observa o que era **um novo negócio** sobre o qual **não se tinha certeza dos resultados**, tornou-se uma atividade afim, a qual é **conveniente que seja concentrada** em uma única unidade, acarretando considerável economia operacional e administrativa. Bem, não se pode deixar de destacar que **a atividade era “afim” desde a aquisição do Atacadão**, e que a economia resultante da incorporação da **Korcula** não foi muito considerável, visto que não tinha custos, as despesas eram aquelas decorrentes da operação com o **Atacadão**, assim como as receitas. Ainda de acordo com as informações da DIPJ 2008, ano-calendário 2007, era uma empresa **sem empregados**⁶⁵.*

Não se trata de ignorar a existência da KORCULA ou de desconsiderar sua personalidade jurídica e regular constituição, ao arrepio do direito civil brasileiro e da legislação societária, como alega a Recorrente. Não se trata, também, de interferir na condução dos negócios de empresa privada por obrigar o investidor a adquirir a empresa alvo diretamente. **Se trata, sim, de negar os efeitos fiscais pretendidos pelo grupo econômico pela simples razão de que as regras tributárias aplicáveis não foram satisfeitas.**

Como bem assinalou o acórdão recorrido, "*a autuação baseia-se exclusivamente no passo intermediário da reorganização societária e dos seus efeitos tributários*", não se contestando "*os objetivos negociais finais da reorganização*", nem se fundando o lançamento fiscal no art. 116, § único do Código Tributário Nacional.

Se a aquisição pelo Grupo Carrefour de ATACADÃO da maneira pretendida (mantendo a *holding* BREPA como controladora no país das empresas operacionais, inclusive ATACADÃO) não iria conformar situação que permitisse a dedução da amortização do ágio pago na aquisição, a interposição de empresa no processo não tem o condão de reconfigurar as regras para permitir os efeitos fiscais pretendidos. O acórdão recorrido, aliás, enfrentou com muita propriedade esse aspecto, não assistindo razão à ora Recorrente quando tenta contrapor tais argumentos. Confira-se:

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que o investimento realizado (aquisição das ações da RECORRENTE), e adquirido com ágio, comporia o ativo da então adquirente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações, em seu próprio nome, por parte da RECORRENTE.

Assim, caso a aquisição fosse realizada pela holding que efetivamente atuava (BREPA), ou qualquer outra empresa operacional do grupo Carrefour no Brasil, não haveria qualquer extinção do investimento, haja vista a continuidade das operações da RECORRENTE.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a RECORRENTE diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:

(...)

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

A meu ver, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Não merece acolhida, portanto, o recurso da Contribuinte no que se refere à presente matéria.

Com base nos fundamentos acima adotados, considero insubsistentes os argumentos da Contribuinte acerca da qualidade atribuída à IBERDROLA ENERGIA como se fosse a efetiva adquirente das empresas ELEKTRO/EPC. Também sem fundamento a alegação de que não teriam incorrido, no presente caso, vícios e patologias em relação aos atos jurídicos praticados; no caso, ao fim e ao cabo, pouco importa se a IBERDROLA ENERGIA foi utilizada com o único propósito de viabilizar a amortização fiscal do ágio; em essência, importa verificar se os requisitos, tanto pessoal quanto material, exigidos pela legislação no que concerne às regras de amortização do ágio, foram ou não cumpridos.

No caso, entendo que não foram respeitados tais requisitos, haja vista que o investidor de fato (IBERDROLA S/A), verdadeiro responsável pelo pagamento do ágio, não participou efetivamente da confusão patrimonial empreendida apenas formalmente entre IBERDROLA ENERGIA e ELEKTRO/EPC. E se tivesse assim feito, o ágio não poderia ser aproveitado, haja vista tratar-se de empresa estrangeira, a não ser que a própria empresa aqui adquirida viesse a incorporar a sua investidora no exterior, o que no caso concreto seria irrazoável do ponto de vista econômico. Reitero o entendimento da Fiscalização e da decisão recorrida de que a compra da empresa brasileira somente foi viabilizada a partir de diretrizes fixadas pelo Grupo IBERDROLA S/A, no exterior, sendo este o verdadeiro “investidor”.

O ágio aqui objeto de análise não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial" ocorrida apenas de forma aparente (IBERDROLA ENERGIA x ELEKTRO/EPC), não havendo sentido em se clamar pela dedutibilidade das despesas decorrentes da amortização da despesa instituída e regulada pelo art. 386 do RIR/1999. Portanto, as alegações da Recorrente de que o aumento e a subscrição do capital da empresa brasileira não permitem concluir que teria havido aquisição da ELEKTRO/EPC pela sociedade estrangeira, perdem qualquer relevância na apreciação do caso concreto.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso em relação à amortização do ágio.

Lançamento relativo à CSLL

A exigência relativa à CSLL foi objeto de ataque específico por parte da impugnação e repetido no recurso voluntário. Segundo a Recorrente, o lançamento da CSLL deveria ser cancelado diante da inexistência de lei que imponha qualquer vedação à dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL.

Em primeiro lugar, tanto o disposto no art. 28 da Lei nº 9.430/96, quanto no art. 57 da Lei 8.981/95, deixam claro aplicar-se à CSLL as mesmas normas de apuração da base de cálculo do IRPJ. Basta uma simples leitura dos referidos dispositivos para se chegar a essa conclusão:

Lei nº 9.430/96

Art.28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei.

Lei nº 8.981/95

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

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

- a) da receita bruta mensal;*
- b) das demais receitas e ganhos de capital;*
- c) dos ganhos líquidos obtidos em operações realizadas nos mercados de renda variável;*
- d) dos rendimentos produzidos por aplicações financeiras de renda fixa.*

§ 2º No caso das pessoas jurídicas de que trata o inciso III do art. 36, a base de cálculo da contribuição social corresponderá ao valor decorrente da aplicação do percentual de nove por cento sobre a receita bruta ajustada, quando for o caso, pelo valor das deduções previstas no art. 29. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

§ 3º A pessoa jurídica que determinar o Imposto de Renda a ser pago em cada mês com base no lucro real (art. 35), deverá efetuar o pagamento da contribuição social sobre o lucro, calculando-a com base no lucro líquido ajustado apurado em cada mês.

§ 4º No caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, a contribuição determinada na forma dos §§ 1º a 3º será deduzida da contribuição apurada no encerramento do período de apuração.

Ao contrário do que alega a Recorrente, mesmo que fosse crível a inexistência de norma específica a tratar da dedutibilidade/indedutibilidade das despesas com ágio na apuração da CSLL, o raciocínio deveria ser o inverso daquele desenvolvido em seu recurso; em se tratando de direito tributário, é necessário que todo e qualquer fato que importe em dedução da base de cálculo de tributo ou contribuição esteja perfeitamente delimitado na legislação de regência. Mas, não é só. Vejamos o disposto no art. 2º da Lei nº 7.689/88, uma das normas que fundamentaram o Auto de Infração:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

- a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;*
- b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;*
- c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)

(...)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)

(...)

O citado dispositivo determina que se proceda à adição ao resultado do período-base do resultado negativo, bem assim a exclusão do resultado positivo quando oriundos da avaliação de investimentos pelo MEP. Para melhor entendimento do raciocínio aqui desenvolvido reporto-me ao Acórdão n.º 1302-001.170, de 11/09/2013, da lavra do Ilustre Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, que elucida de forma bastante clara o porquê do impedimento para a dedução da amortização de ágio no âmbito da CSLL:

"Entendo que a despesa de amortização do ágio é despesa indedutível na apuração da base de cálculo da CSSL, por força dos itens 1 e 4 do dispositivo acima transcrito, os quais deixam claro a finalidade da norma de tornar o MEP neutro na apuração da CSLL. A avaliação do investimento pelo MEP influencia o cálculo da CSLL em caso de alienação ou liquidação do investimento, já que esse seria o valor contábil do investimento a ser considerado. Além disso, se assim não fosse, contrario sensu, a receita decorrente da amortização do deságio seria tributada, o que não me parece razoável, mas seria inevitável chegar a tal conclusão caso se entenda dedutível a despesa de amortização do ágio.

Note-se que, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "lato sensu" o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL, como dispõe expressamente o dispositivo legal acima (itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88)."

Portanto, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação desse mesmo investimento, o consectário lógico é de que a amortização que reduz o ágio compõe, "lato sensu", o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual, sendo positivo ou negativo, não deve impactar a base de cálculo da CSLL, conforme os itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/1988.

Por todo o exposto nego provimento às alegações da Recorrente no ponto, relativas à falta de previsão legal para a adição da despesa com a amortização do ágio da base de cálculo da CSLL.

Da qualificação da multa de ofício

Em relação à multa qualificada, alega a Recorrente que inexistiria, no caso, dolo, fraude, simulação ou quaisquer outros vícios de forma ou de vontade na conduta das partes envolvidas capaz de justificar a qualificação da penalidade que, no seu entender, deveria ser

imediatamente afastada por este CARF. Para tanto, informa que todas as operações, não apenas foram previamente submetidas a autoridades reguladoras do próprio Governo Federal, a exemplo da ANEEL, mas foram amplamente divulgadas.

Esse ponto é importante, haja vista que a Autoridade Fiscal fundamentou a qualificação da multa de ofício na alegada conduta dolosa de fraudar a Administração Tributária ao utilizar empresa veículo, pessoa jurídica sem nenhum substrato econômico, alheia ao conceito de empresa, para a aquisição de participação societária com ágio, posteriormente deduzido como despesa após uma incorporação às avessas, operação societária que não teria nenhum propósito comercial, o que teria levado à redução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL; tal conduta estaria contemplada no disposto no art. 72 da Lei n.º 4.502/64.

Vejamos como se manifestou a Autoridade Fiscal no TVF (v. e-fls. 61):

A operação engendrada pela fiscalizada, conforme já exposto, é legal apenas no seu aspecto formal, mas ilícita na medida em que objetivou unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeita. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

A qualificação da multa se impõe na medida em que não se trata de uma mera dedução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, fruto de erro de fato ou de incorreta interpretação da legislação tributária, mas, ao contrário, de conduta dolosa, cujo ânimo residiu em reduzir indevidamente as bases de cálculo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, mediante reestruturação societária fraudulenta, eivada de simulação, realizada com a finalidade de registrar ativo e despesas inexistentes.

O acórdão recorrido tratou dessa questão da seguinte forma (v. e-fls. 17.230/17.233):

Pois bem. Compreendo que, por decorrência legal, a questão envolvendo a qualificação da multa de ofício está umbilicalmente conectada com a configuração em concreto do dolo do agente. Em verdade, destaco que o chamado elemento subjetivo do injusto (antigo dolo específico) é considerado aspecto crucial para o enquadramento em uma ou mais hipóteses enumeradas nos arts. 71 a 73 da Lei n.º 4.502/64.

Nesse sentido, ainda que o direito tributário tenha adotado, como regra, normas cogentes consubstanciadas na responsabilidade objetiva, assim entendidas aquelas descuidadas da prova da intenção do agente, excepcionalmente, há dispositivos jurídico-tributários cuja aplicabilidade vincula-se à demonstração do dolo carreado à infração. Ou seja, em concreto, deve haver evidências complementares, além da mera constatação de que não se recolheu tributos, denotando a comprovação de uma vontade direcionada à prática do ilícito. É sobre esse suporte que caminha a Súmula n.º 14 do CARF.

Assim, o trabalho da auditoria passa a envolver a coleta probatória de outros elementos (mais contundentes) cuja harmonia não deixe dúvidas de que não se tratou de falta ou falha administrativa, sem a intenção de lesar os cofres públicos. Muito por conta disso, é consabido que o dolo não se presume. Sua adequada identificação sob a perspectiva tributária torna-se imprescindível, uma vez que seja ele o elemento

subjetivo do tipo penal que atrai a incidência de um ou mais dispositivos dentre arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

In casu, face à descrição minuciosa dos fatos articulados, considero que a manipulação organizada por seus detalhes foi desenvolvida com a intenção de não chamar a atenção do fisco.

Exponho meus fundamentos a seguir.

Tentou-se viabilizar a prevalência da forma sobre a essência de maneira deliberada e articulada em detalhes. Com isso quero dizer que em casos de dedutibilidade de ágio estou habituado a examinar com certa prudência as provas documentais, posto que, mais do que em outras situações, tais expedientes devem estar compatíveis com os fatos. Entendo assim que a narrativa da impugnante é desconexa com o que se pretendia realizar.

No que tange à anuência de órgãos governamentais sem relação ou competência opinativa na área tributária, já manifestei anteriormente neste voto minha discordância.

Em outro ponto, entendo que são inúmeras as possibilidades de se cometer ilícitos tributários. A criatividade dos que pretendem esconder sua capacidade contributiva não tem limites. Nesse sentido, a mera lista exemplificativa de irregularidades que a contribuinte não cometeu, não a abona dos fatos trazidos e descritos na acusação fiscal.

Ademais, diferentemente do que entende a impugnante e pelo que descrevi no voto, considero que mercê da riqueza de evidências colhidas pela auditoria o ilícito esteja bem delineado, de tal modo que não faz sentido aceitar que a questão não passou de uma mera apropriação de despesa indedutível. Há sim prejuízo ao erário plenamente configurado, sendo necessária a manutenção a qualificação objurgada.

A reiteração da conduta e o volume financeiro da receita omitida, como outros aspectos a serem considerados, não podem ser menosprezados, na medida em que reforçam a convicção de que a vontade infracional transcendia o mero deslize casual dos administradores.

Destarte, a configuração do dolo alinhado na simulação que resultou na qualificação da penalidade aplicada não merece outras digressões, uma vez que decorre da subsunção às hipóteses apresentadas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.504/64.

Cabível, dessa forma, a manutenção da multa de ofício qualificada aplicada sobre os tributos apurados nos lançamentos.

Bom, vamos por partes. Primeiramente, em relação ao tema Simulação: A Acusação Fiscal é clara ao apontar fatos que podem estar inseridos em um contexto de planejamento tributário abusivo, engendrado pela Autuada e demais empresas do mesmo grupo econômico. As características das operações que redundaram no aproveitamento do ágio levaram a Fiscalização a concluir que foram engendradas com o único propósito de suprimir tributos.

É indiscutível que o Contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio da maneira que melhor lhe convier, tendo sempre como objetivo reduzir custos e despesas,

maximizando o seu lucro, inclusive, através da redução de sua carga tributária. Não há nada de ilegal nesse proceder.

O que não se pode admitir é que os atos e negócios jurídicos praticados sob o manto de uma aparente legalidade, sejam realizados sem qualquer finalidade empresarial ou comercial, ou simplesmente para encobrir o verdadeiro e único propósito da operação, qual seja, o de reduzir o pagamento de tributos.

Quando se fala em planejamento tributário abusivo não se pode olvidar dos ensinamentos de Marco Aurélio Greco¹:

No entanto, creio que há outro aspecto a ser ponderado, ao examinar o tema do planejamento tributário (ou da elisão fiscal), e que não se prende, propriamente, à existência do direito, mas *ao seu uso*, ao modo de *seu exercício*. A pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível?

Minha resposta é negativa. E assim entendo por várias razões. (pág. 198)

(...)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

(...)

Isso não afasta a possibilidade de o abuso de direito ser qualificado como hipótese de ato ilícito. Assim, no Código Civil de 1916, a doutrina discutia este ponto havendo divergência a respeito, porém, com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)

(...)

Antes do Código Civil de 2002, o importante era saber se o Fisco poderia se recusar a aceitar os efeitos do ato ou negócio jurídico, invocando para tanto, a existência de abuso de direito, procedendo, como menciona a doutrina francesa, à desqualificação e subsequente requalificação fiscal do negócio ocorrido, para exigir o imposto que seria devido não fora o negócio lícito, mas abusivo.

Depois do Código Civil de 2002, como o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, a questão tributária torna-se muito mais relevante, pois o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. (pág. 207)

(...)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer

¹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo, Dialética, 2011, p.194-248.

dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo por ter sido distorcido seu perfil objetivo ou extrapolados seus limites, o que pode, em tese, configurar-se, inclusive se tiver por sua única ou principal finalidade conduzir a um menor pagamento de imposto.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

(...)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

Portanto, o direito de o contribuinte se auto-organizar e decidir sobre a melhor forma de se beneficiar de eventual planejamento tributário não pode ser absoluto, devendo observar a forma como irá exercer esse direito, sob pena de incorrer no abuso de seu exercício.

Neste mesmo sentido veja-se o disposto no Acórdão n.º 9101-002.538 - 1ª Turma, de 20 de janeiro de 2017, da lavra do I. Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, citando o Acórdão n.º 101-94.986, de 19/05/2005, de relatoria da I. Conselheira Sandra Maria Faroni:

Não se discute que o empresário pode gerir seus negócios com inteira liberdade, inclusive sendo lícito e até desejável fazê-lo de forma a obter maior economia de tributos possível. Há, todavia, uma diferença entre atuações que objetivam os negócios empresariais e atuações que objetivam exclusivamente reduzir artificialmente a carga tributária. O direito do contribuinte de auto-organizar sua vida não é ilimitado. Os direitos de alguns sofrem limitações impostas pelos direitos de outrem. Atuando dentro da lei, o empresário é livre para gerir os seus negócios, mas não para gerir os negócios do Estado.

A mais moderna corrente doutrinária entende que a ótica da análise não deve ser sob o ângulo da licitude ou ilicitude (a licitude é requisito prévio), mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco. O conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito, que abrange, além da lei, os princípios jurídicos. Assim, cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

Dentro dessa ótica, se o negócio lícito, embora inusual, se apoiar em causas reais, em legítimos propósitos negociais, contra ele o Fisco nada pode objetar. Todavia se adotada uma forma de negócio jurídico inusual, sem um real propósito negocial, mas visando apenas reduzir artificialmente a carga tributária, o Fisco a ele pode se opor."

Portanto, não basta ser lícita a operação para que seus efeitos sejam automaticamente oponíveis ao Fisco. Para que possam gerar efeitos tributários, mais que conformidade com a lei, a operação realizada deve estar conforme o Direito. E é exatamente este o caso dos autos. Apesar de as operações realizadas aparentarem estar acobertadas sob o manto

da legalidade, no caso concreto, verifica-se o completo desvirtuamento do objetivo natural a que se destinam, haja vista o evidente propósito de sua realização estar vinculado única e exclusivamente à economia no pagamento de tributos, *in casu*, do IRPJ e da CSLL.

Neste sentido, trago outro precedente, desta feita, da 2ª Turma, vazado no Acórdão nº 1402-002.325, da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Demetrius Nichele Macei, que reproduzo abaixo naquilo que nos interessa:

Nesse tema, filio-me à corrente que entende que o fato de os atos ou negócios jurídicos virem a ser executados de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial, como, p. ex., assembléias de deliberação para emissão de debêntures, instrumento particular de escritura de emissão de debêntures, boletins de subscrição de debêntures, contratos de mútuo, registro dos atos, etc, não garante à contribuinte, por si só, a dedutibilidade prevista na legislação tributária.

Com efeito, a legalidade dos atos é condição essencial para que a conduta do contribuinte possa ser considerada lícita, mas não suficiente para que se conclua que os efeitos resultantes de seu conjunto estejam em conformidade com o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, é possível que cada um dos atos praticados pelo contribuinte, individualmente considerado, esteja de acordo com as exigências formais de alguma norma específica, mas que, em seu conjunto, não surta os efeitos esperados pelo ordenamento jurídico.

As características gerais das operações, **analisadas em seu conjunto**, me levaram à conclusão de absoluta correção do procedimento fiscal ao glosar a despesa com a amortização do ágio.

Vejam que não estou de forma alguma afirmando que, isoladamente, as características do negócio jurídico realizado são ilícitas ou necessariamente implicariam, por si só, na indedutibilidade das despesas glosadas. A conclusão a que cheguei, pelo acerto da glosa das despesas, provém do "*conjunto da obra*".

O alegado propósito comercial, como já vimos de forma detalhada, não se sustenta. Também considero como suficientes os fatos levantados pela Autoridade Fiscal para justificar a lavratura do Auto de Infração, lastreado no abuso de forma perpetrado pela Contribuinte. Por tudo o que foi até aqui exposto, conclui-se ser indevida qualquer argumentação de que a Autoridade Fiscal não teria conseguido levantar elementos suficientes que autorizassem a conclusão por ela levada a efeito de que teriam sido praticadas operações abusivas. Está mais do que caracterizado o abuso do planejamento tributário empreendido pela Recorrente no âmbito de seu grupo empresarial.

O procedimento fiscal foi realizado de forma bastante consistente, indo à fundo nas questões que permeiam todos os fatos considerados, em seu conjunto, como abusivos em relação ao direito de auto-organização dos negócios. Isso nos deixa seguros para afirmar que não procedem os argumentos da Recorrente para justificar uma operação que se mostra em tudo essencialmente artificial e dezarrazoada, desprovida de substância jurídica e orquestrada com o fim único de suprimir tributos.

Em assim sendo, os atos praticados pela Recorrente, utilizando-se de “empresa veículo” para registrar e depois amortizar o ágio podem ser considerados como realizados de forma abusiva, sendo, portanto, inoponíveis ao Fisco por serem considerados ilícitos (art. 187 do Código Civil). Por serem inoponíveis ao Fisco, as consequências tributárias deles decorrentes (despesas/exclusões/compensações) devem ser consideradas indevidas, razão pela qual absolutamente escorreito o procedimento fiscal quanto à glosa empreendida.

Entretanto, mesmo que considerados ilícitos, os atos praticados pela Recorrente não podem ser qualificados como fraudulentos para efeito de imposição da multa qualificada. Não foram poucos os casos enfrentados por esta Turma, bastante semelhantes aos sob análise neste processo, em que optou-se por afastar a qualificação da multa de ofício por se entender que não se faziam presentes os requisitos fundamentais para sua imposição, mormente a ocorrência de fraude. Cito dois casos, julgados à unanimidade por este Colegiado neste mesmo sentido: o acórdão n.º 1401-002.884, de 18 de setembro de 2018, da lavra da Ilustre Conselheira Lívia De Carli Germano e o acórdão n.º 1401-003.185, de 19 de março de 2019, editado pela não menos brilhante Conselheira Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin.

Primeiramente, vejamos o que dizem os arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

No caso concreto, concluímos que a Autuada agiu com abuso de direito, ou de seu exercício, o que, s.m.j., seria enquadrado na hipótese de elisão abusiva, em que os atos tidos por abusivos foram praticados antes da ocorrência do fato gerador; foram devidamente contabilizados e calcados em documentos formalmente corretos. Portanto, não há que se falar em fraude contra a Lei, conforme o disposto no art. 72 da Lei n.º 4.502/64.

Também não é caso de sonegação (conforme o art. 71 da Lei n.º 4.502/64), haja vista que todos os atos foram devidamente declarados à Receita Federal, o que descaracteriza a ocorrência de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Conforme pudemos extrair dos ensinamentos de Marco Aurélio Greco, a questão atinente à artificialidade da operação limita-se aos contornos das patologias de abuso de direito ou de fraude à lei, o que, conforme já observado, não implicam afronta direta à lei, mas sim utilização de dispositivo legal com excesso no seu gozo (abuso de direito) ou contorno de

determinada norma imperativa mediante a utilização de outra norma, denominada norma de contorno (fraude à lei).

Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade.

Portanto, tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, julgo não estar caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, principalmente se levarmos em consideração que não houve nenhuma forma de ocultação da prática e dos fins almejados com a realização do negócio jurídico. Assim, creio ser adequado o entendimento expresso na Súmula CARF nº 14², haja vista a ausência de comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Por todo o exposto, ausentes os elementos que permitam o enquadramento da conduta da autuada nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), **opino pela redução da penalidade para 75%.**

Multa isolada por falta/insuficiência de recolhimento de estimativas

Neste ponto a Recorrente aduz, *prima facie*, que a multa isolada aplicada sobre a falta/insuficiência do recolhimento de estimativas somente poderia ser exigida até o encerramento do ano calendário a que se refere, no caso, 2016. Fundamenta suas alegações no teor do art. 44, inc. II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 e nas regras referentes à tributação do IRPJ e da CSLL no regime do lucro real.

Também considera abusiva **a exigência concomitante de multa isolada e de ofício** sobre os mesmos valores supostamente devidos a título de IRPJ e da CSLL. Aduz que o aparente conflito entre as normas do artigo 44, inciso I da Lei nº 9.430/96 (multa de ofício de 75%) e o artigo 44, II, b da Lei nº 9.430/96 (multa isolada de 50%) para aplicar as duas multas pode ser facilmente afastado quando se observa que uma conduta está compreendida na outra. Invoca precedentes do CARF e do STJ que reconheceriam que, em decorrência do “princípio da consunção”, a infração mais grave, que no caso presente seria o não recolhimento do tributo, absorveria a infração de menor gravidade para propugnar pelo cancelamento da multa isolada dela exigida.

Por fim, ainda em relação à multa isolada, alega a Recorrente a sua decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN; referido dispositivo seria aplicável ao caso concreto, uma vez (i) ausentes a figura do dolo, fraude ou simulação; e (ii) a existência de pagamento de antecipações mensais do IRPJ e da CSLL nos respectivos meses.

Apesar dessa matéria ser tormentosa no âmbito também dessa Turma, creio que não assiste razão à Recorrente.

A decisão recorrida assim se manifestou quanto ao ponto:

² Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

9.1 Da concomitância da multa isolada com multa de ofício

(...)

Apreendida a controvérsia, entendo que a matéria pode ser analisada de acordo com vários pontos de vista, mas que por qualquer caminho que se trace, é frágil e esvaziado de razão o pedido da contribuinte. Exponho minha convicção sobre as vertentes levantadas, bem como trago outros aspectos que considero relevantes e impeditivos.

Da inaplicabilidade do Princípio da Consunção

Compreendo que o fundamento relacionado a pedir a aplicação do Princípio da Consunção como uma tentativa de se trazer para a discussão tributária, de forma distorcida e equivocada, um dos pilares que sustentam o direito penal. Para tanto, faço, inicialmente, algumas reflexões em relação a sua inteligência dada à importância para se realizar um juízo mais acurado à espécie.

De plano, compreendo que a absorção pretendida, dita de forma geral, envolve sempre dois ou mais ilícitos cometidos pelo mesmo agente (que, na particularidade do direito tributário, entendeu-se ser o contribuinte) e que, como tal, é possível realizar a comparação entre fatos que ocorrem consecutivamente, desde que um deles se apresente como meio de preparação ou execução de ilícito complementar, ou ainda, caso um deles seja considerado mero exaurimento da conduta posteriormente praticada. Fala-se então em crime-meio e crime-fim, onde determinado tipo penal absorve o desvalor de outro. É nesse sentido que, identificadas validamente em concreto tais premissas, aplica-se exclusivamente a pena do delito com maior reprovação pelo direito penal, abrindo mão o estado de punir o ilícito que foi mera passagem ao ato efetivamente imputável, no sentido de se evitar a ocorrência de *bis in idem*.

Anoto que a doutrina mais abalizada costuma trazer diversos exemplos na esfera punitiva que, de forma didática, auxiliam ao melhor entendimento e clara apreensão do que trata esse Princípio, para que ele serve e como deve ser identificado em concreto. Para este voto, destaco as hipóteses apresentadas por Prado:

[...] o homicídio (art. 121, CP) em relação à lesão corporal (art. 129, CP); o estelionato (art. 171, CP) em relação à falsificação de documento particular (art. 298, CP); a falsificação de documento público (art. 297, CP) em relação ao estelionato (art. 171, CP); o uso de documento falso (art. 304, CP) em relação ao estelionato (art. 171, CP); a apropriação indébita (art. 168) em relação ao estelionato (art. 171, CP); a difamação (art. 139, CP) em relação à calúnia (art. 138, CP).

Modo contrário, creio que seja válido citar a inteligência condicionada no raciocínio de que a tipicidade penal decorrente do furto de arma de fogo não se absorve pela perpetração a posteriori do crime de roubo. É que a mera subtração do objeto letal não se configura na moldura inspecionada como meio de execução para delitos cometidos subsequentes.

Justifico a sintética exposição das especificidades acerca do Princípio da Consunção pela intenção de demonstrar que cabe ao aplicador do direito o exame cuidadoso e com parcimônia de situações dessa natureza sob sua responsabilidade, uma vez que, por mais tentador que pareça, nem sempre as circunstâncias permitem reduzir o apenamento do agente, ainda mais quando tal instituto é levado à observação perante outra seara jurídica, como é o caso do direito tributário.

Dito isso, reproduzo os dispositivos legais tributários pertinentes a que se reclama interpretação mais favorável materializada pelo afastamento das multas isoladas:

Lei n.º 9.430/1996

Capítulo I

IMPOSTO DE RENDA - PESSOA JURÍDICA

Seção I Apuração da Base de Cálculo

[...]

Pagamento por Estimativa

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pela pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre **base de cálculo estimada, mediante a aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta** definida pela art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, auferida mensalmente, deduzida das devoluções, vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30, 32, 34 e 35 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995. (Redação dada pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

[...]

Pagamento por Estimativa

Art. 6º O imposto devido, apurado na forma do art. 2º, deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente àquele a que se referir.

§ 1º O saldo do imposto apurado em 31 de dezembro receberá o seguinte tratamento: (Redação dada pela Lei n.º 12.844, de 2013)

I - se positivo, será pago em quota única, até o último dia útil do mês de março do ano subsequente, observado o disposto no § 2º; ou (Redação dada pela Lei n.º 12.844, de 2013)

II - se negativo, poderá ser objeto de restituição ou de compensação nos termos do art. 74. (Redação dada pela Lei n.º 12.844, de 2013)

§ 2º O saldo do imposto a pagar de que trata o inciso I do parágrafo anterior será acrescido de juros calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir de 1º de fevereiro até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

§ 3º O prazo a que se refere o inciso I do § 1º não se aplica ao imposto relativo ao mês de dezembro, que deverá ser pago até o último dia útil do mês de janeiro do ano subsequente.

[...]

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei n.º 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

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

e nos de declaração inexata; (Vide Lei n.º 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o pagamento mensal: (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

[...]

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. (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)(negritamos)

Primeiramente, quando se investiga o regime jurídico arquitetado pelo legislador para a modalidade de apuração e recolhimento denominada Lucro Real Anual, transparece através da leitura das disposições legais a existência de dois procedimentos imperativos a serem obedecidos aos optantes da sistemática de tributação. A saber:

1. Verificação mensal, por intermédio da elaboração de balancete de suspensão/redução, se há recolhimento a ser feito ou, de forma alternativa, caso o contribuinte assim prefira, calcular e recolher a antecipação estimada de IRPJ/CSLL com base na receita bruta; e
2. Ao final do ano-calendário, incumbe-lhe a obrigação de apurar eventual existência de lucro tributável como base de cálculo dos citados tributos, deduzindo do IRPJ/CSLL devidos, dentre outras rubricas, os pagamentos das eventuais estimativas apuradas para o respectivo período.

Na situação versada nos autos, vislumbro a transparência de dois ilícitos consoantes com cada um dos procedimentos listados: - não foram recolhidas as estimativas mensais, nem tampouco houve adição de valores indedutíveis e tributáveis na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, a qual ensejou IRPJ/CSLL a pagar. Contudo, não enxergo que um deles seja uma fase, uma preparação ou um meio de execução do outro. Vejo, de fato, **que em momentos diferentes, várias tipicidades penais independentes e, longe de serem correlatas ou conectadas, ocorreram.**

As questões que não conseguem ser respondidas pelo Princípio da Consunção no presente caso são as seguintes:

- Como o intérprete, na seara tributária, pode afirmar que, após uma escalada de fatos ilícitos cometidos de forma individual ao longo do ano-calendário, com valores totalmente díspares, independentes e desconexos, todos eles, foram premeditadamente preparatórios ou meios para consecução de uma única ilicitude ocorrida diante do não pagamento de IRPJ/CSLL devido no ajuste anual?

e

- O contribuinte que apura erroneamente as estimativas mensais como prática dolosa, é aquele que necessariamente comete prática delituosa ao final do ano-calendário?

Outrossim, diante de várias situações hipotéticas, dentro de um mesmo contexto, pode-se muito bem recolher corretamente as apurações mensais com base na receita bruta e acréscimos e simplesmente não ofertar o efetivamente devido por

ocasião do ajuste anual em razão da dedução de despesas indedutíveis. Nada impede que o inverso possa também se consumir. Como disse, por tais argumentos, estou convencido que **inexiste interdependência de condutas durante o período e ao final dele.**

Em outra linha de raciocínio, esclareço que a simples constatação de que sejam eventos que se sucedem no tempo, a meu ver, não é suficiente para caracterizar que há fato ilícito (falta de recolhimento anual de tributo) absorvendo totalmente outros fatos ilícitos (falta de recolhimento de estimativas mensais). Digo isso porque, muito embora tenham como causa as repercussões decorrentes de despesas indedutíveis identificadas pela fiscalização, há que se levar em conta que as condutas ilícitas materializadas pela falta de recolhimento na forma de tributo, irradiam prejuízos ao erário de naturezas distintas e magnitudes de difícil ou mesmo impossível comparação.

Na etapa inicial, a ausência de recolhimento mensal no prazo vencimento de cada parcela, quando ainda dentro do ano-calendário, gera como medida compensatória o acréscimo de multa de mora e juros Selic, se recolhido espontaneamente pelo contribuinte. Caso não haja o recolhimento espontâneo, as antecipações passam a não ser mais devidas, porém, como subsiste o prejuízo pela falta de recolhimento mensal, o legislador sabiamente cambiou a exigência da estimativa acrescida de multa de mora e juros pela cobrança destacada da multa isolada. Creio que essa é verdadeiramente a razão de ser da dita penalidade inserida nesta controvérsia.

Em outra direção, os efeitos colaterais diante da quantificação errônea do tributo ao final do ano-calendário em nada se confundem com as compensações financeiras devidas em virtude do descumprimento da obrigação mensal determinante na arquitetura do regime jurídico-tributário do Lucro Real Anual. É que esta punição passa a se concentrar exclusivamente na apuração inexata do lucro que, de todo modo, deixou de refletir a capacidade contributiva do contribuinte definitivamente para o período.

Por fim advirto que, caso fosse possível prevalecer a tese ora advogada, ao se fazer opção por uma das penalidades (supostamente a mais grave), isso significaria, ao fim e ao cabo, que o Estado estaria renunciando seu direito de ressarcimento pelo dano causado em virtude da falta das antecipações mensais e eventuais acréscimos moratórios, com claro prejuízo ao seu fluxo de caixa, o que, de tudo, não pode ser atendido por estrita falta de previsão legal.

Da interpretação do preceito legal quanto às hipóteses de incidência da multa isolada

Entendo que o espírito da lei já esteja bem delineado, entretanto outra questão merece ser examinada, uma vez que esta também afasta a posição alicerçada pela defesa. Nessa nova vertente, tomo por base a máxima interpretativa de que na lei não é dado presumir que existam palavras inúteis, de tal modo que se deve compreender as palavras como tendo alguma eficácia.

Nesse sentido, não vejo como menosprezar o valor das frases e vocábulos com vistas a achar o verdadeiro sentido de um texto. Além disso, como operador do direito, tenho como responsabilidade interpretar as disposições legais de modo que não pareça haver vocábulos supérfluos e sem força normativa.

A inteligência amolda-se ao caso. Transcrevo a medida punitiva objurgada nos exatos termos legais:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei n.º 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

[...]

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o pagamento mensal: (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

[...]

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. (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007) (negritei e grifei)

Veja-se que o legislador se preocupou em enfatizar que não há exceções a aplicação multa isolada, ocorrido seu fato gerador. A norma jurídica que se extrai do preceito ora transcrito deixa evidente que, como regra geral, **a penalidade é devida indiferentemente do que ocorra no ajuste anual**. Para chegar a esta conclusão, observo que nem mesmo exista exceção almejada de afastamento da multa isolada, quando ao final do ano calendário seja apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido. Ora, se inexistente benesse para aquele contribuinte que operou fiscalmente no negativo, quem dirá daqueles que estão em situação superavitária e tem plena condição de contribuir ao erário.

Acatar a pretensão de que tal exigência somente seria possível quando não houvesse tributos a pagar no ajuste anual, na prática, significaria extirpar parte da força normativa do texto legal.

Das implicações na seara do planejamento fiscal

Refletindo com ainda mais profundidade sobre a prevalência do pedido, não me furto a anotar que dar permissão ao pedido também significaria pavimentar entendimento de que, no contexto das empresas optantes pela sistemática de tributação do Lucro Real anual, que frequentemente apurem valores a pagar diante do momento do ajuste, seria então mais vantajoso burlar a lei e nem sequer se preocupar se há estimativas mensais a recolher, bastando ter atenção exclusiva ao cálculo e recolhimento do devido ao final consolidado com o fechamento do ano-calendário. Se por hipótese, a pessoa jurídica viesse a ser submetida a um procedimento de ofício em momento posterior, o trabalho da auditoria irá se resumir em verificar a legitimidade da apuração anual, eventuais erros apurados levariam a Autoridade Lançadora a permanecer inoperante e indiferente face à circunstância de ter ocorrido ou não estimativas a pagar, mesmo que de forma dolosa, ao longo do ano-calendário.

Comportamento que, caso viesse a ser disseminado, distorce e põe em risco o interesse público que motivou a elaboração legal da técnica de tributação.

Das limitações relacionadas ao julgamento administrativo

Muito embora os fundamentos alinhavados já gozem de suficiência para a manutenção das exigências desta natureza, afastar a penalidade alojada no fólio, como deseja a contribuinte, de modo a considerar somente devida a multa punitiva de 150%, configura também circunstância que extrapola a competência regimental e legal em quaisquer das instâncias administrativas de julgamento.

Nesse sentido, é inafastável, para o regular desenvolvimento do processo administrativo fiscal, o afastamento de qualquer interpretação que, ainda que indiretamente, resulte em controle de constitucionalidade de lei ou de legalidade de ato normativo, medidas expressamente vedadas a este órgão de julgamento, por força do art. 26-a do decreto n.º 70.235/1972, assim redigido:

(...)

Trata-se de entendimento pacificado na esfera do contencioso administrativo como é possível se observar, a título exemplificativo, por meio da leitura das ementas adiante transcritas:

Acórdão n.º 2401-004.196 de 08 de Março de 2016 - CARF

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. Escapa à competência deste Colegiado a declaração, bem como o reconhecimento, de inconstitucionalidade de leis tributárias, eis que tal atribuição foi reservada, com exclusividade, pela Constituição Federal, ao Poder Judiciário. Súmula CARF n.º 02.

Acórdão n.º 3301-002.865 de 25 de Fevereiro de 2016 - CARF

MULTA DE OFÍCIO E JUROS. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. Nos termos da súmula 2 do CARF, este Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ao contrário do que entende a contribuinte, a RFB não incentiva que suas Autoridades pratiquem condutas tidas como ilegais. Pelo contrário, é por estrito apego à legalidade que devem permanecer incólumes ambas as multas. De efeito, não compactuo com a ideia de que interpretar possa ser harmonizado com a raciocínio inovador naquilo em que está expressamente previsto em lei, seja através de um ponto de vista teleológico ou literal.

É nesse contexto que as IN RFB n.º 1.700/2017, art. 53, e n.º 1.515/2014, art. 17, que, ao contrário da Súmula CARF n.º 105, são vinculantes ao presente julgado, prescrevem expressamente aplicação concomitante da multa isolada sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado e da multa de ofício sobre o IRPJ ou a CSLL devido no lucro real ou no resultado ajustado apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido.

9.2 Da exigência da multa isolada após o encerramento do exercício

Reclama-se também que as ditas penalidades não poderiam ser exigidas após o encerramento do ano-calendário. Entendo que há uma certa confusão entre a antecipação mensal de IRPJ e CSLL e a multa que decorre da falta de recolhimento destes tributos.

Com efeito, existe proibitivo no que tange a exigência das antecipações após o encerramento do período anual, não obstante o comando legal pertinente não traz nenhuma restrição quanto à data em que pode ser verificada a falta do recolhimento ou o recolhimento a menor. Daí porque, a IN RFB n.º 1.515/2014, que regulamentou a matéria à época dos fatos geradores aqui controlados (ano-calendário de 2016), previu expressamente a possibilidade de aplicação da multa após o fim do ano-calendário, hipótese que se enquadra adequadamente na situação versada:

IN RFB n.º 1.515, de 2014

[...] Art. 17. Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal no ano-calendário correspondente;

II - o imposto devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do imposto.

Por sua vez, a IN RFB n.º 1.515, de 2014 foi revogada pela IN RFB n.º 1.700, de 2017, que determina de forma análoga:

[...] Art. 53. Verificada a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL no ano-calendário correspondente; e

II - o IRPJ ou a CSLL devido com base no lucro real ou no resultado ajustado apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do tributo.

9.3 Do prazo decadencial da multa isolada

Sob outro enfoque, afirma-se que os lançamentos isolados estariam alcançados pela decadência. A abordagem da contribuinte não merece profundidades, posto que a conduta do fisco encontra-se amparada em entendimento vinculante que acaba por fulminar a contagem de tempo pretendida, fazendo com que o prazo final para a lavratura fosse fixado no ano de 2021, em consonância com o que se sucedeu:

Súmula CARF n.º 104

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014

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. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Neste tema, me coaduno com as razões adotadas pela decisão recorrida, pois penso estar-se diante de imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes, vez que, da leitura artigo 44, da Lei n.º 9.430/1996, com suas alterações, infere-se que, uma vez constatada falta ou insuficiência de pagamento de estimativa, será exigida a multa isolada, exigência que transcende a situação fática de ter sido apurado lucro ou prejuízo no final do período anual.

Para tanto, acrescento às bem traçadas linhas da decisão recorrida os seguintes fundamentos para a manutenção da multa isolada conforme foi aplicada pela Autoridade Fiscal.

Historicamente, a matéria foi tratada, de prefácio, no art. 44, I, §1º, IV da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, *in verbis*:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de

declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(...)

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

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

(...)

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

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007 (DOU 22/01/2007), convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, com a redação abaixo:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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.

Compulsando as alterações legislativas acima elucidadas, não se verifica, exceto em relação ao percentual a ser aplicado nos casos de multa isolada, qualquer alteração substancial nos dispositivos no que tange à hipótese de incidência e à base de cálculo da penalidade em apreço.

O objetivo do preceito contido no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 (com as alterações legislativas supervenientes, inclusive) foi o de assegurar o recolhimento antecipado e evitar o não pagamento da estimativa mensal de IRPJ e CSLL no curso do ano-calendário e reconhecer que a base de cálculo da multa isolada sempre foi, mesmo antes das alterações legislativas, o próprio valor da estimativa que deixou de ser paga.

Nesse contexto, a nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, elaborada a partir da vigência MP 351, de 2007 e da Lei nº 11.488, de 2007, ao instituir um percentual distinto e menos gravoso em relação ao aplicável ao descumprimento da obrigação tributária principal (IRPJ e CSLL devidos na apuração anual) apenas veio aperfeiçoar o preceito normativo acerca da incidência da multa isolada, por falta de recolhimento das estimativas mensais, explicitando o seu caráter de obrigação acessória.

Sob a vigência da redação original da Lei nº 9.430, de 1996, e ainda atualmente, com a redação da Lei nº 11.488 de 2007, a multa isolada deve ser aplicada à pessoa jurídica, sujeita à tributação com base no lucro real, **e optante pelo pagamento do IRPJ e da CSLL, em cada mês, determinados sobre bases de cálculo estimadas**, por descumprimento da obrigação de antecipar o IRPJ ou a CSLL mensalmente devidos; e deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença da antecipação do IRPJ e da CSLL, mensalmente devida e não recolhida.

Tem-se assim que a **multa isolada em questão, que decorre da falta ou insuficiência de pagamento mensal das estimativas devidas no curso do ano-calendário**, é aplicada em função do descumprimento de uma obrigação tributária acessória (falta de recolhimento de antecipações obrigatórias), e é completamente autônoma em relação à obrigação tributária principal a ser constituída, ou não, no final do período.

Não é demais lembrar que a obrigação tributária principal, na definição da doutrina, é a “obrigação de dar” (pagar) o tributo devido, ou seja, é o “*dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei*”³, enquanto as obrigações acessórias revestem-se de clara natureza de “obrigação de fazer” e “obrigação de não fazer”, vale exprimir, são, como o próprio nome diz, “acessórias ao principal”, que é o compromisso do contribuinte pagar o encargo tributário devido, constituindo-se, no fundo, em “*obrigações meramente instrumentais, simples deveres burocráticos que facilitam o cumprimento das obrigações principais*”⁴.

Neste raciocínio, a estimativa mensal não pode ser considerada propriamente um “tributo” devido, a ser extinto, por pagamento (modalidade de extinção da obrigação e do crédito tributário, prevista no art. 156, I do CTN), mas apenas uma “antecipação estimada” do tributo, **a ser apurado como devido, ou não**, ao final do período de apuração, que é devida e **deve ser recolhida apenas para validar uma determinada sistemática de tributação de livre opção do contribuinte, qual seja: o Lucro Real Anual**.

Pois bem, justamente porque a estimativa não é exigível como obrigação principal (tributo) é que foi instituída uma multa isolada (ou seja, exigida sem que o principal fosse exigido), para penalizar as pessoas jurídicas que, apesar de optantes pela sistemática de apuração do Lucro Real Anual, descumprem, no curso do ano-calendário, a obrigação de apuração e recolhimento das antecipações mensais obrigatórias, requisito imperativo, nos termos da legislação em vigor.

O único instrumento de que dispõe o Fisco para sancionar o descumprimento do dever de antecipar o IRPJ/CSLL devidos mensalmente pelas pessoas jurídicas optantes pelo Lucro Real Anual, é a aplicação da multa isolada.

Conclui-se daí que, além de distintas naturezas jurídicas, são completamente autônomas as obrigações tributárias, relativas às antecipações mensais devidas a título de estimativas, e as relativas ao IRPJ e a CSLL devidos ao final do período de apuração anual, e tal autonomia encontra eco nas próprias disposições legislativas, quando se referem à incidência da

³ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 306-307.

⁴ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*, 4ª. ed. São Paulo: Método, 2010.

multa isolada, ainda que apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL no período, de modo que a multa isolada é sempre exigível, desde que apurada falta/insuficiência de recolhimento das estimativas mensais, sendo irrelevante a apuração de tributo devido no ajuste anual.

Nesta linha, cumpre observar que não se aplica ao presente caso o contido na Súmula CARF n.º 105, por se referir, esta, expressamente, à redação original do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, anterior ao advento da Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007.

Com relação às alegações de impossibilidade de exigência da multa isolada após o encerramento do exercício, bem assim as concernentes à sua exclusão por força da decadência, nada tenho a acrescentar aos bem postos fundamentos esposados pela decisão recorrida, razão pela qual nego provimento ao recurso também nesses pontos.

Por todo o exposto, é forçoso negar-se provimento ao recurso voluntário relativamente à aplicação da multa isolada sobre as estimativas não pagas nos períodos base de 2016.

Dos Juros incidentes sobre a multa de ofício

Segundo a Recorrente, a exigência de juros sobre a multa de ofício aplicada seria indevida não só por falta de previsão legal, mas também porque o enquadramento legal apontado no auto de infração não a autorizaria.

Tal matéria está sumulada no âmbito deste Conselho, sendo de aplicação obrigatória (vinculante) por todos os Conselheiros que atuam no Tribunal (vide art. 45, inciso VI, do RICARF).

Súmula CARF n.º 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme [Portaria ME n.º 129](#), de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Assim, incabível o recurso no ponto, razão pela qual nego-lhe provimento.

Haja vista tudo o que foi firmado no presente voto, opino por dar parcial provimento ao recurso voluntário tão somente para afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo o seu percentual para 75%, mantendo incólume a autuação em relação às demais matérias objeto do mesmo.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves