



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.002731/2004-50
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-004.751 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 04 de fevereiro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PROGRESS SOFTWARE DO BRASIL LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010

NÃO CONHECIMENTO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE ACÓRDÃO RECORRIDO E PARADIGMA.

Não preenche os requisitos do art. 67 do RICARF, Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015, aquele que não demonstrar a similitude fática entre os acórdãos paradigmas e recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Lívia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Viviane Vidal Wagner, Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), Andrea Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado), José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente a conselheira Cristiane Silva Costa, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria n.º 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência jurisprudencial quanto à dedução de valores que julga ser de amortização de ágio e não de perda de capital.

A recorrente insurgiu-se contra o Acórdão n.º 1102-00.408, de 23/02/2011, por meio do qual a 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário.

O acórdão recorrido contém a seguinte ementa:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO — Não tendo sido apurada a ocorrência de planejamento tributário ilegal no momento do lançamento tributário não cabe DRJ trazer à baila a fim de manter o lançamento efetuado, sob pena de inovação do lançamento.

INCORPORAÇÃO DE CONTROLADA - Na incorporação de empresa controlada é lícito ao contribuinte deduzir como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado. Art. 430 RIR.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso voluntário para anular o lançamento fiscal em sua íntegra, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Recurso Especial da PGFN

Inconformada, a recorrente interpôs o Recurso Especial, às fls. 315 e ss, alegando que o acórdão da Turma a quo deve ser reformado já que a operação analisada envolveu amortização de ágio nos termos da Lei 9532/97, art. 7º e não perda de capital decorrente de diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial da PGFN

Com relação ao exame de admissibilidade do Recurso Especial da PGFN, de fls. 436 e ss, foi dado seguimento ao recurso especial diante de dissenso jurisprudencial verificado em exame inicial, nos seguintes termos:

Como se pode constatar, as ementas acima, na parte que interessa ao litígio, são repetidas *ipsis literis*, inclusive no que se refere a erros de digitação. Além disso, o Acórdão n.º 108-09.793, às fls. 5/6, faz expressa menção ao Acórdão n.º 108-09.037. Assim, analisarei os dois conjuntamente.

As duas decisões paradigmas julgaram casos de subscrição de participação com ágio e subsequente cisão, ou seja, alienação de participação, tratando-se, portanto, de situação semelhante à encontrada no julgado recorrido no que se refere ao centro da discussão, que é a subscrição de participação societária registrada a valores corrigidos, seguida imediatamente de outra operação de transferência empresarial, seja cisão ou incorporação, em que o valor do negócio é significativamente abaixo do valor da operação anterior, gerando, ou uma despesa com ágio, ou uma perda de capital investido resultante de diferença entre o valor contábil registrado na primeira operação e subscrito, com o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.

Nos dois julgados paradigmas, entendeu-se que o tipo de operação em debate não tem propósito negocial, visando tão somente economia fiscal. Discutiu-se, ainda, a existência de fraude ou simulação a fim de se verificar o agravamento de multas. Como exposto nas ementas, concluiu-se pela inoponibilidade ao Fisco, dos valores declarados como ágio.

No caso destes autos, a Fiscalização entendeu, ao trabalhar com operação semelhante à dos paradigmas, mas tratando de incorporação, que os valores registrados na contabilidade e deduzidos como perda de capital seriam na verdade uma indevida amortização de ágio.

Na decisão combatida, foi dado provimento ao recurso voluntário sob o entendimento de que a operação praticada não teria envolvido a amortização de ágio, mas, sim, a incorporação com perda de capital investido, revertendo, assim, a decisão da Fiscalização.

As situações fáticas se assemelham no ponto em que houve a negociação de empresas em curto espaço de tempo, havendo, na primeira operação, o pagamento de valor significativamente aumentado relativo à avaliação da empresa e, na última operação, uma redução drástica desse valor. Nos paradigmas, decidiu-se que a diferença de valores das operações corresponderiam a subscrição de participação com ágio e que esses valores seriam inoponíveis ao Fisco. Na decisão combatida, entendeu-se que esse tipo de operação se referiria a perda de capital, sendo possível abatê-la do lucro.

Pelo exposto, considero presente a divergência argüida pela Procuradoria e, entendo que, num exame prelibatório, como o é o de admissibilidade de recurso especial, estejam presentes os elementos necessários a subida dos autos ao exame pela Câmara superior de Recursos Fiscais.

IV - Conclusão

Em razão de não terem sido preenchidos os requisitos do art. 67 do RICARF, **DOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR DIVERGÊNCIA.**

Contrarrrazões ao Recurso Especial da PGFN

A Contribuinte apresentou contrarrrazões ao Recurso Especial da PGFN às fls. 552 e ss, onde pugna primeiramente pelo não conhecimento do Recurso, diante da ausência de similitude fática entre os casos. E quanto ao mérito, pela manutenção do acórdão recorrido, especificamente com relação ao afastamento da qualificação da multa de ofício e consequentemente da decadência de alguns períodos.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora.

Recurso Especial da PGFN

Breve Síntese

Contra o contribuinte foram lavrados autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, no valor de R\$ 195.213,35 (folhas 160/161) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no valor de R\$ 62.468,27 (folhas 165/166), acrescidos da multa de ofício de 75% e os juros de mora, referentes aos anos-calendário de 1999 e 2000.

De acordo com o *Termo de Verificação Fiscal* de folhas 154/156, a autuação deve-se ao fato de o contribuinte ter contabilizado em conta do Ativo Diferido, subconta Perda com a incorporação, despesas amortizáveis, no valor de R\$ 5.465.973,79, em virtude da incorporação da sociedade PGS S.A., CNPJ 02.099.546/0001-77, unificando e centralizando suas atividades, utilizando critérios de avaliação do patrimônio da incorporada pelo valor de seu patrimônio líquido composto de bens tangíveis, avaliados pelo valor de mercado, apurado com base no balancete patrimonial levantado em 22/12/1997, demonstrado no documento Anexo I, no valor de R\$ 1.302.026,21, contabilizando a partir desta data a amortização mensal de R\$ 65.071,12 como despesa dedutível, com conseqüente redução do seu lucro tributável.

Diz ainda que o contribuinte inicialmente apresentou apenas uma planilha identificando a operação de incorporação em ordem cronológica de data e procedimento, bem como lançamentos contábeis onde somente salienta que ocorreu perda de capital, não logrando êxito em esclarecer e comprovar o motivo do lançamento identificado e contabilizado como perda. Posteriormente, atendendo novas intimações, o contribuinte se ateve a apresentar contratos e atas de assembléias realizadas, que menciona ter suportado o valor de R\$6.751.993,00 de ágio, conforme laudo de avaliação preparado pela empresa EBRAPE — Empresa Brasileira de Avaliações de Patrimônio e Engenharia Ltda., CNPJ 78.736.154/0001-33 (folhas 111/123), sem justificar a avaliação do patrimônio da incorporada e a perda contabilizada no seu ativo diferido.

Diante disso, a fiscalização entendeu que foram deduzidas indevidamente do lucro líquido para apuração do lucro real, na conta 03.03.07.03.09 de janeiro a junho/1999, definida como amortização de *goodwill* e na conta 5895, definida como amortização perda incorporação PGS, de julho/1999 a dezembro/2000, o valor mensal de R\$ 65.071,12:

O enquadramento legal foram os artigos 249, 151, 299, 324 e 325 do RIR/1999, art 13, inciso 111, da Lei nº 9.249, de 1995, e artigos 7º e 81, II, da Lei nº 9.532, de 1997.

A DRJ por sua vez manteve o lançamento entendendo que se tratava de uma dedução de ágio e não uma perda com incorporação de ativos.

Sessão de julgamento – 04/02/2020

De se registrar aqui, antes de passar ao conhecimento, que na sessão de julgamento, o patrono suscitou da tribuna, a intempestividade do Recurso Especial PGFN, alegando que no dia 30/06/2011, data da suposta ciência da PGFN e a apresentação do recurso, em 05/09/2011 teria se passado mais de 30 dias.

Ocorre que não é essa a contagem que deve ser feita.

Nos termos do §8º e 9º, do art. 23 do Decreto 70.235/72 fica afastada a ciência ficta de 40 dias, a ciência pessoal do Procurador portanto, ocorreu em 26/07/2011, fls. 314, daí contando-se os 30 dias e então 15 dias, o Recurso é tempestivo.

Conhecimento

A PGFN apresentou dois acórdãos paradigmas para sustentar a divergência jurisprudencial:

Acórdão Paradigma nº 108-09.793, de 18/12/2008:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2001

OPERAÇÃO ÁGIO - SUBSCRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQÜENTE CISÃO — VERDADEIRA ALIENÇÃO DE PARTICIPAÇÃO - Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato produz. Subscrição de participação com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos valores monetários referentes ao ágio, traduz verdadeira alienação de participação societária.

PENALIDADE QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - INOCORRÊNCIA - SIMULAÇÃO RELATIVA — A evidência da intenção, dolosa, exigida na lei para agravamento da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal.

O atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos.

Recurso Voluntário Negado.

Acórdão Paradigma nº 108-09.037, de 18/10/2006:

OPERAÇÃO ÁGIO — SUBSCRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQÜENTE CISÃO — VERDADEIRA ALIENÇÃO DE PARTICIPAÇÃO — Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz. Subscrição de participação com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos

valores monetários referentes ao ágio, traduz verdadeira alienação de participação societária.

PENALIDADE QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE — INOCORRÊNCIA — SIMULAÇÃO RELATIVA - A evidência da intenção dolosa, exigida na lei para agravamento da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser incontestada e demonstrada de forma cabal.

O atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos.

IR-FONTE — AFASTAMENTO — O próprio lançamento tributário em razão da desconsideração do planejamento fiscal já atribuiu às respectivas saídas de valores a causa e seus beneficiários.

MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO — CONCOMITÂNCIA — IMPROCEDÊNCIA — FALTA DE AMPARO LEGAL — É inaplicável a multa isolada prevista no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430/96 cumulativamente com a multa de ofício genérica prevista no inciso I do mesmo dispositivo legal, exigível juntamente com os tributos devido, na hipótese de falta de pagamento. A imputabilidade da multa genérica exclui as referidas multas isoladas, sob pena de se impor dupla penalização sobre um mesmo fato jurídico, não admitida pelo ordenamento jurídico nacional.

DESPESAS COM CONSULTORIA E ASSESSORIA JURÍDICAS — RAZOABILIDADE E SIMETRIA — AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA FISCAL - Para que se confirme a dedutibilidade da despesa é indispensável que reste demonstrada a vinculação do gasto com a atividade exercida e a correspondente vinculação aos objetos da pessoa jurídica, como aconteceu nos valores aceitos, relativos a despesas com consultoria e assessoria jurídicas.

Recurso parcialmente provido.

Acórdão Recorrido:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO — Não tendo sido apurada a ocorrência de planejamento tributário ilegal no momento do lançamento tributário não cabe DRJ trazer à baila a fim de manter o lançamento efetuado, sob pena de inovação do lançamento.

INCORPORAÇÃO DE CONTROLADA - Na incorporação de empresa controlada é lícito ao contribuinte deduzir como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preCos de mercado. Art. 430 RIR.

Como ressaltado no despacho de admissibilidade, os dois acórdãos paradigmas foram analisados de forma conjunta já que pelas ementas serem idênticas, inclusive nos erros de digitação, bem como porque o acórdão 108-09.793 faz menção expressa ao outro acórdão paradigma 108-09.037.

Da análise do acórdão paradigma 108-09.793, no início do voto condutor verifica-se os seguintes pontos:

Trata-se de autuação fiscal referente à falta de contabilização de ganho de capital apurado na alienação de investimento avaliado pelo valor do Patrimônio Líquido, conforme já relatado.

A principal discussão é se as sucessivas alterações de capital sofridas pela empresa autuada representaram ou não, a venda de sua controlada a outra pessoa jurídica, sobre a qual haveria a incidência do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido relativamente ao ganho de capital auferido.

A fiscalização considerou que houve simulação, o que foi veementemente negado pela recorrente. Entretanto, esta não trouxe aos autos nenhuma justificativa para a realização tão repentina de um aumento de capital seguido de sua redução. Limitou-se a argumentar que não há vedação legal para esse tipo de operação nem prazo específico mínimo entre a data de aumento de capital social da pessoa jurídica e sua redução.

O exame detalhado da operação realizada pela autuada, ora recorrente, demonstra que o aumento de capital seguido de imediata redução do mesmo não teve nenhum propósito negociado estratégico, a não ser a economia fiscal relativa ao ganho de capital na alienação das quotas da Café Pilão-Cabloco.

Quando se analisa o histórico de operações que culminaram na transferência das quotas da CAFE PILÃO-CABLOCO para a CAFÉ DO PONTO, verifica-se que o propósito de toda essa operação foi exclusivamente evitar a incidência da tributação sobre o ganho de capital na venda da participação societária.

O outro acórdão paradigma apresentado, em que pese ter sido mencionado no acórdão acima, tratou dos seguintes pontos:

O lançamento apontou as seguintes irregularidades: a) glosa de despesa não comprovada; b) falta de adição à base impositiva do resultado de alienação de investimento avaliado pelo patrimônio líquido; c) multas isoladas — falta de pagamento do IRPJ e CSLL incidentes sobre as bases estimadas em função da receita bruta e acréscimos.

A "reestruturação societária" se procedida de forma que, ao final, cada grupo passasse a possuir 50% das ações da empresa SABARÁ EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, e por estes 50% o grupo WRVPAR pagaria ao grupo PHDPAR a importância de R\$ 48.500.000,00, na proporção de cada participação das então sócias da SABARÁ. (Conforme "ACORDO DE ACIONISTAS" da empresa SABARÁ (nos itens 2 e 3, nas págs. 5 e 6), registrado na Junta Comercial/MG, sob o nº 201280957, em 25/04/2000). Neste mesmo "ACORDO DE ACIONISTAS", que tem forma de contrato com cláusulas de irrevogabilidade e irretroatividade (item 6), foi feita a divisão da administração da empresa, a saber: gestão administrativa e operacional para um grupo (WRVPAR) e gestão financeira para outro grupo (PHDPAR), conforme item 5 do mesmo documento.

A "reestruturação" teria, no dizer do autuante, gerado uma receita de "planejamento tributário" que, pela forma conduzida, não fora "negócio indireto" e sim, mera simulação com intuito de fraude, haja vista as inconsistências apuradas, conforme

demonstrado nesse termo, através dos fatos numerados de 1º, 2º, 3º, para, a partir desses fatos concluir, por via indiciária, através da leitura do "ACORDO DE ACIONISTAS" onde supôs conter transcrição de parte do acordo subtraído ao conhecimento do fisco, (destacando que em relação à data de assinatura o documento seria falso), pelo conteúdo das cláusulas a seguir transcritas, constantes das fls. 180/188, Anexo I): (...)

Inconsistência apontadas pelo fisco:

a) NA INTEGRALIZAÇÃO: a ATA da AGE realizada às 10h. constou a integralização como efetuada em moeda corrente, e no Boletim constou a integralização em cheques; falta de avaliação do investimento da SABARÁ na DMA pela equivalência patrimonial (ver balanço fls. 90 do Anexo II).

Conclusão do autuante: o capital subscrito e não integralizado não aumenta o PL - restara provado que os valores correspondentes ao capital subscrito e não integralizado só foram depositados em conta-corrente bancária no dia seguinte à suposta cisão, em 01/03/2000, por meio de cheques onde constaram a mesma data, apontando para pagamentos efetuados pelos novos acionistas somente após a cisão. (...)

No aspecto jurídico houve *um acréscimo no patrimônio da SABARÁ antes da integralização do capital, posto que passou a deter um direito contra o subscritor. No ponto de vista contábil, relevante para efeitos de IRPJ, não houve acréscimo do patrimônio líquido da SABARÁ apenas com a subscrição de ações, que, como parcelas de capital não realizadas, deveriam ser lançadas em conta redutora do patrimônio líquido, inclusive aquelas correspondentes ao ágio, nos termos da legislação de regência.

Na cisão os depósitos bancários não estavam realizados, nem mesmo os cheques relativos ao capital subscrito estavam emitidos. Não realizado o capital, impossível o pretense acréscimo no patrimônio líquido da SABARÁ. Apenas a característica de título executivo do boletim de subscrição não seria suficiente para alterar o fato de que o patrimônio líquido não sofreu alteração alguma pela mera subscrição.

Em confronto com o acórdão recorrido:

Inicialmente cumpre esclarecer que de acordo com o termo de intimação fiscal MPF nº 08.1.90.00-2003-03212-3 de fls. 103 a contribuinte foi intimada a justificar a dedução das despesas com amortização contabilizadas mensalmente nos anos calendários de 1999 a 2003, na conta 03.03.07.03833 referente à perda com incorporação realizada em 09/12/1997, nos valores de R\$ 65.071,12. (Sessenta e cinco mil setenta e um reais e doze centavos)

Em atendimento a intimação fiscal, a empresa apresentou às fls. 104/105, a sua justificativa aduzindo que as despesas foram geradas em virtude da incorporação da empresa PGS/SA, conforme termos do "Protocolo e Justificativas", o qual foi apresentado anexo e aduz que o critério para a avaliação do patrimônio da incorporada seria o valor do patrimônio líquido a ser incorporado, composto de bens tangíveis, avaliado a valor de mercado.

Assim, diante do investimento registrado na PGS/SA no valor de R\$6.752.000,00 e, do recebimento por conta da sua extinção pela incorporação de um acervo líquido, avaliado a preço de mercado, no importe de R\$ 1.302.026,21 a requerente estava autorizada a registrar como perda de capital dedutível na conta de ativo passível de amortização, a diferença de R\$ 5.465.973,79 conforme previsão do artigo 430 do RIR.

Inobstante a justificativa e documentação apresentada, a fiscalização entendeu que a empresa promoveu, indevidamente, a amortização do ágio pago na aquisição da empresa PGS S/A, e lavrou os autos de infração de fis. 160/161 e 165/166 enquadrando

referida transgressão fiscal no artigo 7º da Lei 9.532/97, que justamente disciplina a amortização do Ágio/deságio verificado nas operações societárias.

(...)

A contribuinte, apresentando entendimento contrário, elaborou sua defesa a fim de comprovar que a operação praticada não se trata de amortização do ágio regulada pelo artigo 7º da Lei 9.532/97, mas sim de incorporação com perda do capital investido nos termos do artigo 430 do Regulamento do Imposto de Renda.

(...)

Contudo, a DRJ através da decisão apresentada às lis. 271/275 inovou a motivação do lançamento fiscal, passando a questionar todas as operações realizadas entre as empresas antes da incorporação e concluiu ser indevida a dedução realizada pela recorrente, tendo em vista tratar-se de planejamento tributário realizado em desacordo com a legislação.

Ocorre que tal motivação rid() foi exposta em nenhum momento --durante a lavratura do auto de infração, tanto que o contribuinte apresentou sua impugnação defendendo-se da acusação fiscal de ter havido incorporação com pagamento de ágio, sem a devida comprovação da sua natureza e não do argumento de que houve ou não um planejamento tributário com o intuito de mascarar a efetiva operação.

certo que não compete à Delegacia da Receita Federal de Julgamento inovar o lançamento tributário, imputando em sua decisão um novo fundamento legal para justificar o lançamento fiscal efetuado.

Se fosse acatada a inovação promovida pela DRJ o direito de defesa da contribuinte seria cerceado, haja vista que a requerente teria que comprovar seu direito rebatendo o novo fundamento exposto na decisão em uma única Instância Administrativa, qual seja o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF.

Dessa forma, devem ser afastadas as razões de decidir apresentadas pela DRJ por inovar a motivação fiscal do lançamento.

Afastada a decisão da DRJ, faz-se necessário analisar o recurso voluntário interposto sobre a ótica da acusação fiscal inicial, qual seja: a amortização do ágio pago na aquisição da empresa PGS S/A tipificado no artigo 7º da Lei 9.532/97.

Nesse ponto é importante ressaltar que em nenhum momento da autuação a operação de incorporação realizada pela empresa foi questionada sobre um eventual planejamento tributário, tendo entendido a autoridade fiscal apenas que o ágio decorrente dessa operação foi contabilizado indevidamente.

Contudo, não se trata de incorporação regida pela Lei 9.532/97, isso porque as empresas envolvidas na operação possuíam relação controlada e controladora e, nestes casos, o artigo 430 do Regulamento do Imposto de Renda admite que a diferença entre acervo líquido recebido e o valor contábil do investimento seja deduzida para fins de apuração do lucro real, desde que avaliado tal acervo a preços de mercado.

No meu entendimento, o 1º acórdão está totalmente afastado do contexto fático do recorrido, ele trata de ganho de capital que não foi contabilizado, o que ensejaria a incidência de IRPJ e CSLL, inclusive com simulação, e no momento que faz menção ao outro paradigma o faz desta forma:

Em outra oportunidade, ao julgar um caso de planejamento tributário semelhante ao presente (subscrição de participação com ágio e subsequente cisão — verdadeira alienação de participação) esta E. 8ª Câmara desconsiderou a operação para manter a tributação como se houvesse sido realizada verdadeira alienação de participação societária (Ac. 108-09.037, Recurso 147.639, julgado em 18 de outubro de 2006, Relatora designada Karem Jureidini Dias) que se encontra assim ementado: (...)

Destacamos do voto condutor do referido acórdão:

"Pode o Contribuinte utilizar-se de quaisquer meios lícitos para economizar tributos e, por decorrência, deve-se considerar como legítimo o planejamento tributário. Contudo, cabe ao fisco investigar se estrutura adotada foi legítima e se o seu regime jurídico foi observado. Ou seja, deve confirmar a circunstância concreta da realização do negócio jurídico celebrado entre as partes. Este, além de autorizado pelo direito privado deve revelar a verdadeira intenção das partes. Quando envolva negócios simulados ou dissimulados, com o objetivo de se furta a tributação deve ser coibido pelo Poder Público.

A emissão de ações com ágio com transferência da propriedade, foi uma interpretação equivocada para evitar a figura de compra e venda, buscando a elisão permitida pela legislação. A emissão de novas ações com ágio, com os antigos sócios não exercendo o direito de subscrição, não é proibida. A tentativa visava deixar o grupo adquirente integrando a sociedade. Como se tratava de uma sociedade anônima, o valor do ágio não seria computado como receita para fins de apuração do lucro real, nos termos do inciso I do art. 442 do RIR/1999".

E de certa forma, ele até confirma o que ocorreu, o contribuinte pode se utilizar de meios lícitos para economizar tributos, e por decorrência, deve-se considerar como legítimo o planejamento tributário, devendo ser vetado quando ocorra negócios simulados ou dissimulados.

O cerne da questão, e que foi enfrentado pelo acórdão recorrido, é que a operação feita pelo contribuinte ocorreu nos moldes do que diz o art. 430 do RIR:

Art. 430. 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 computada na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 34):

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preço 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 dez anos;

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

Em nenhum momento, os acórdãos paradigmas enfrentam essa questão acerca da possibilidade de dedução da diferença entre o valor contábil das ações e o valor do acervo líquido, nos casos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações.

Ultrapassada essa questão, o próprio acórdão recorrido, menciona que em nenhum momento da autuação a operação de incorporação realizada pela empresa foi questionada sobre um eventual planejamento tributário, tendo entendido a autoridade fiscal apenas que o ágio decorrente dessa operação (no seu entendimento) foi contabilizado indevidamente. Ponto esse que seria o que uniria, inclusive os dois acórdãos paradigmas apresentados, como mencionou o despacho de admissibilidade.

Não houve em nenhum momento, aliás, a imputação de uma multa qualificada diante de simulação ou ato fraudulento como também ocorreu nos acórdãos paradigmas.

Assim, resta evidente a falta de similitude fática em ambos os acórdãos paradigmas apresentados.

Portanto, NÃO CONHEÇO do Recurso Especial da PGFN.

Conclusão

Diante do exposto, NÃO conheço do RECURSO ESPECIAL da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto