



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720192/2012-09
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-005.876 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 11 de novembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TILIBRA PRODUTOS DE PAPELARIA LTDA

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

Ano-calendário: 2007

ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. ADOÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ACUSAÇÃO DE FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. GRUPO ECONÔMICO. CONTROLADORA COMO REAL ADQUIRENTE. IMPROCEDÊNCIA DO FUNDAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUÍO. REDUÇÃO DA SANÇÃO DUPLICADA.

A dedução indevida de dispêndios com ágio não se confunde com prática dolosa ou ilícita que autoriza a aplicação da multa duplicada de 150%, prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Ainda que prevalecendo a glosa, não sendo demonstrada e comprovada a prática de *fraude*, *sonegação* ou *conluio* nas transações que geraram a despesa com o *sobrepreço*, deve ser aplicada a monta ordinária da multa de ofício de 75%.

O simples emprego de companhias *holdings* em estrutura de aquisição de investimentos, mesmo que com a finalidade específica de viabilizar e promover a compra de participações societárias, rotuladas de *empresas-veículo*, não basta para caracterizar *simulação*, *fraude* ou o seu intuito, tampouco qualquer outro ilícito.

A figura de origem estrangeira da *ausência de propósito comercial*, dentro da narrativa de que o contribuinte praticou determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, não configura nenhuma das hipóteses legais de *simulação* e de *fraude*, conforme a devida conceituação de Direito Civil, e nem pode se amoldar às previsões dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Fernando Brasil de Oliveira Pinto, e, por fundamentos distintos, os conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto e Caio Cesar Nader Quintella. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento,

vencidas as conselheiras Andréa Duek Simantob (relatora) e Edeli Pereira Bessa que votaram por dar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, que manifestou ainda intenção de apresentar declaração de voto quanto ao conhecimento. Votaram pelas conclusões do voto vencedor os conselheiros Livia De Carli Germano e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente em exercício e Relatora

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella, Andréa Duek Simantob (Presidente).

Fl. 3 do Acórdão n.º 9101-005.876 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16561.720192/2012-09

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN (fls. 1880 e seguintes) em face do Acórdão n.º 1301-003.426 (fls. 1861 e seguintes), proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, por meio do qual foi dado parcial provimento ao recurso voluntário para “*reduzir a multa para o patamar de 75%*”.

O acórdão recorrido apresenta a seguinte ementa, no que importa ao presente recurso, *verbis*:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. MULTA QUALIFICADA. ARTIGO 72 DA LEI 4.502/64. DESCABIMENTO.

Para que se possa imputar a qualificação da multa, nos termos do artigo 44, I, §1º da Lei 9.430/1996, é imprescindível identificar a conduta praticada: se sonegação, fraude ou conluio respectivamente, arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964.

O conceito de fraude fiscal do art. 72 da Lei 4.502/1964 exige que se demonstre condutas dolosas tendentes a afetar o fato gerador do tributo, ao passo que a dedução de despesas com ágio, ainda que considerada indevida, é uma conduta relativa à apuração da base de cálculo dos tributos sobre a renda.

A acusação de artificialismo de uma operação baseada na imputação de ilícitos atípicos, revelada pelo uso de empresa veículo para aproveitamento fiscal de ágio, sem a demonstração cabal de invalidades efetivas e do intuito de fraudar, sonegar ou atuar em conluio do sujeito passivo, não autoriza a qualificação da multa de ofício, independentemente do posicionamento que se tenha quanto à dedutibilidade do ágio na questão.”

As exigências fiscais em exame nos autos decorrem de fiscalização que resultou no lançamento de ofício de IRPJ e CSLL decorrente da indedutibilidade do ágio gerado em operações societárias, mediante o uso de empresa-veículo.

Para conhecimento do colegiado, inicialmente o CARF, por meio do acórdão n.º 1301-002.155, dera provimento integral ao recurso voluntário do contribuinte, por entender que “*o ágio discutido nos autos se formou em negócio firmado entre partes independentes, em regime de livre mercado, foi respaldado por laudo baseado na expectativa de rentabilidade futura da investida e que houve um efetivo sacrifício patrimonial da adquirente em benefício dos alienantes do investimento*”. e que “*o uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si sós, não invalidam (...) a amortização fiscal do ágio*”.

Contudo, em sede de recurso especial fazendário, a CSRF proferiu o acórdão n.º 9101-003.395, que reformou aquela decisão, assentando que, para legitimar a amortização do ágio, “*deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas*”, a saber: “*(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”.

Na ocasião, a CSRF determinou o retorno dos autos ao colegiado *a quo* para a análise dos demais pontos suscitados no recurso voluntário que deixaram de ser apreciados em face do provimento integral antes conferido, e foi neste contexto que restou proferido o Acórdão n.º 1301-003.426, ora recorrido, o qual desqualificou a penalidade, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Por bem descrever, e de forma sintética, os fatos ocorridos, transcrevo a seguir excertos do relatório elaborado pela decisão de piso (DRJ), tal qual foi reproduzido tanto no acórdão n.º 1301-002.155 quanto no acórdão n.º 9101-003.395. O acórdão n.º 1301-003.426 (recorrido), da mesma forma, transcreveu a maior e essencial parte deste mesmo relatório, mas a transcrição mais completa a partir das outras duas decisões precedentes auxilia a contextualização e facilita a leitura, daí porque a adotamos, *verbis*:

“Trata o processo do auto de infração, com ciência em 21/12/2012, referente ao ano-calendário de 2007, através do qual é exigido o imposto de renda da pessoa jurídica, IRPJ, no valor de R\$ 6.617.421,83, e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no valor de R\$ 2.382.271,86, acrescidos da multa de ofício qualificada de 150% e juros de mora.

O lançamento decorre de glosa da amortização de ágio indedutível para fins de apuração do Lucro Real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

De acordo com Termo de Verificação Fiscal, fls. 880/905, durante a ação fiscal ficou constatado que:

- o grupo MEADWESTVACO, por meio da empresa MWS Canadá Operation CO, domiciliada no exterior, é controladora da empresa RIGESA, Celulose, Papel e Embalagens LTDA, que por sua vez adquiriu 100% do capital da empresa MINOG PARTICIPAÇÕES em 30/07/2004, no valor de R\$100,00, e que alterou sua razão social para MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

- logo em seguida, em 12/08/2004, a RIGESA , Celulose, Papel e Embalagens LTDA aumentou o capital da MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA de R\$ 100,00 para R\$ 199.823.629,00, por meio de remessa no valor de R\$ 196.215.162,54 a título de integralização do capital; e outra parte foi ainda integralizada por meio de crédito detido pela sócia RIGESA, Celulose, Papel e Embalagens LTDA contra a MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

- nesta mesma data, 12/08/2004, a MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA comprou ações da TILIBRA S/A Produtos de Papelaria, a fiscalizada, pertencentes a 18 pessoas da família Coube, no valor total de R\$217.350.000,00, gerando um ágio de R\$ 187.704.356,34, passando a ser a controladora; o ágio teve como fundamento a rentabilidade futura, tendo como base Laudo de Avaliação emitido em 29/10/2004, ou seja, com data posterior ao contrato de compra e venda das ações.

- a compra das ações da fiscalizada ocorreu com os mesmos cheques emitidos pela RIGESA , Celulose, Papel e Embalagens LTDA para a subscrição do capital,

sendo que a MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA sequer possuía conta bancária.

- em seguida, em 30/10/2004, a fiscalizada incorporou a controladora MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, registrando em sua contabilidade o ágio de si mesma, que passou a amortizá-lo com base no artigo 386, §6º, inciso II do RIR/99.

- diante dos fatos constatados, a fiscalização concluiu que a aquisição da fiscalizada se deu pelo grupo multinacional MEADWESTVACO, através da controlada RIGESA, Celulose, Papel e Embalagens LTDA, e que o Laudo de Avaliação, por ser posterior à data da compra das ações, não se prestaria para fundamentar o ágio de R\$ 187.704.356,34

- a empresa MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA foi utilizada como empresa veículo, transferindo o ágio pago pela RIGESA, Celulose, Papel e Embalagens LTDA para fiscalizada, por meio de uma seqüência de operações societárias sem nenhuma substância econômica ou propósito negocial, mas tão somente para fins de redução de tributos, já que a fiscalizada, após a incorporação reversa, passou deduzir como despesa os valores correspondentes à amortização do ágio de si mesma.

- no presente caso, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, assim como o artigo 386 do RIR/99, permitiria a dedução da amortização do ágio se a incorporação tivesse ocorrido entre a autuada e a empresa RIGESA, Celulose, Papel e Embalagens LTDA, seja direta ou reversa; mas não por meio de uma empresa veículo como no caso da MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

- desta forma, não poderia a fiscalizada utilizar como despesa os valores da amortização deste ágio, mensalmente, nos valores de R\$ 2.197.333,00 e R\$ 8.474,30, totalizando R\$ 26.469.687,30 no ano-calendário de 2007.

- o lançamento teve a multa de ofício qualificada, prevista no artigo 44, §1º da Lei nº 9.430/96, pois o procedimento adotado pela fiscalizada se enquadra na hipótese prevista no artigo 72 da Lei nº 4.502/64, ou seja, a fraude, já que houve a intenção de reduzir ou evitar o pagamento do imposto devido; houve a simulação pela seqüência dos atos apresentados, sem conteúdo econômico ou propósito negocial, com a intenção de fazer crer a ocorrência da hipótese prevista no artigo 386, §6º, inciso II do RIR/99.”

O acórdão recorrido inicialmente faz uma longa digressão teórica acerca das distinções entre os conceitos de *fraude fiscal para fins de qualificação da penalidade* (artigo 72 da Lei nº 4.502/64) e de *fraude fiscal para fins de configuração de crime contra a ordem tributária* (art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90), entendendo ser o primeiro conceito muito mais restrito, posto que vinculado exclusivamente ao *fato gerador do tributo*, para concluir que, “*pela circunstância da dedução das despesas de ágio afetar a apuração da base de cálculo*”, mas não o *fato gerador*, “*ainda que acatando a premissa de ilicitude dessa conduta do contribuinte, consolidada pelo julgamento da CSRF, se verifica que ela não atende à condição do art. 72 da Lei nº 4.502/64, devendo ser afastada a qualificadora*”.

A seguir, acrescenta o relator haver “*um óbice de ordem probatória à qualificação da multa pretendida pela fiscalização*”, uma vez que “*não há no TVF nada que descreva qualquer conduta fraudulenta ou simulada do contribuinte, e não há a verificação de*

dolo para a realização de condutas ilícitas". Segundo o voto condutor do acórdão, o que há é apenas a constatação de "ausência de motivação econômica ou negocial", ou, simplesmente, "falta de motivação extratributária", e não se há de confundir o **dolo** existente nesses casos de **planejamento tributário**, que "não é um dolo direcionado a uma conduta ilícita, mas sim a uma conduta lícita, mas considerada abusiva pela Administração", com o **dolo** existente nas condutas de **sonegação e fraude**, "que são direcionadas a condutas ilícitas, com a finalidade de afetar o fato gerador ou o conhecimento dele por parte da autoridade".

O seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido sintetiza a análise da questão controversa posta no presente recurso especial (multa qualificada):

"Não houve geração e aproveitamento ilícito do ágio pelo contrário, todas as operações foram públicas e registradas, e houve o efetivo pagamento pela aquisição dos investimentos com ágio, conforme afirmado pela própria fiscalização. Não há qualquer traço de simulação ou dissimulação nas operações societárias, mas tão-somente a vontade da Fiscalização de desconsiderar negócios realizados de forma lícita, por considerá-los não ilícitos, mas desprovidos de motivação extratributária.

[...]

Portanto, tampouco há qualquer prova da realização das condutas do art. 72 da Lei nº 4.502/64, razão pela qual deve ser afastada a qualificadora da multa."

No recurso especial, a Procuradoria suscitou divergência com relação à qualificação da penalidade, apresentando como paradigmas os acórdãos nº 9101-003.396 e nº 9101-003.533, dos quais transcrevo parcialmente, a seguir, as respectivas ementas, com os destaques feitos pela recorrente:

Acórdão nº 9101-003.396:

"MULTA QUALIFICADA. ATO SOCIETÁRIO SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. ÁGIO DESPROVIDO DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos retratados nos autos deixam fora de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de ato societário desprovido de propósito negocial, gerar ágio artificial, despido de substância econômica e, com isso, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da multa aplicada pela Fiscalização."

Acórdão nº 9101-003.533:

"MULTA QUALIFICADA. EMPREGO DE EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO ECONÔMICO.

O emprego de empresa veículo, despida de propósito econômico, com o fim de dar a aparência de obediência aos requisitos de dedutibilidade do ágio amortizado, previstos nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, autoriza a aplicação da multa qualificada, prevista no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, para os fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 2007."

De acordo com a recorrente, ao analisarem casos similares aos dos presentes autos, entenderam os colegiados que proferiram os acórdãos paradigmáticos pela manutenção da multa

qualificada “na hipótese de reorganização societária abusiva, sem substrato econômico e propósito negocial, da qual se obteve a criação artificial de ágio para redução de tributos”.

A fim de demonstrar a similitude fática e a divergência jurisprudencial entre os casos confrontados, a recorrente transcreve ainda no recurso especial alguns excertos dos votos vencedores dos referidos acórdãos paradigmáticos, e conclui requerendo a reforma do acórdão recorrido, uma vez que, no caso, “as operações foram realizadas sem fundamentação econômica e propósito negocial, de modo fraudulento, com o único objetivo de gerar um benefício fiscal indevido, o qual foi alcançado por intermédio de um ágio criado por meio de operações societárias artificialmente organizadas, se enquadrando nas situações elencadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964”.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 1980 e seguintes.

O contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 1992 e seguintes), defendendo preliminarmente a inadmissibilidade do recurso, em razão dos seguintes argumentos, em síntese:

- **ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmáticos.** Em que pese tenha o despacho em questão reputado haver identidade fática entre os casos, nota-se que ambos os paradigmas apresentados contêm elementos concretos que os distanciam, sobretudo com relação aos elementos relacionados ao dolo e, via de consequência, à qualificação da multa.

- com relação ao acórdão paradigma nº **9101-003.396**, muito embora ali a operação tenha envolvido a utilização da chamada “*empresa veículo*”, depreende-se que o cerne da questão repousa na formação do que se considerou “*ágio interno, por meio de transações intragrupo*”, e que “*o ágio interno representou elemento determinante para sua qualificação [da multa]*”, conforme se verifica nos excertos daquele acórdão que a contribuinte transcreve nas contrarrazões, o que torna o acórdão em questão *imprestável* como paradigma, “*uma vez que no caso concreto as operações ocorreram entre partes independentes*”.

- com relação ao acórdão paradigma nº **9101-003.533**, de acordo com o conteúdo do voto vencedor, “*o contribuinte apresentou declarações baseadas em circunstâncias fáticas inverídicas*”, consoante o fragmento reproduzido pelo contribuinte nas contrarrazões, de modo que, naquele caso, “*além da fraude, reputou-se tipificada também a sonegação fiscal*”, e assim, neste acórdão “*também se constata a existência de particularidades que o torna frágil para fins de utilização como paradigma*”.

- **impossibilidade de reexame em grau de recurso especial de matéria fático probatória.** Para que a questão relativa à multa qualificada pudesse ser julgada, seria necessário reanalisar se restou comprovada a existência de sonegação, fraude ou conluio (hipóteses em que tal penalidade é aplicável). Neste aspecto, o contribuinte transcreve excertos do voto condutor do acórdão recorrido que, no seu entender, “*deixam claro que o exame ora proposto revela-se exclusivamente de cunho probatório, dependendo unicamente da análise das provas acostadas aos autos*”.

Com relação ao mérito, o contribuinte preliminarmente registra que, além das exigências cobradas no presente processo, que se referem ao ano de **2007**, sofreu a lavratura de outro auto de infração em que foram glosadas despesas de amortização de ágio relativos precisamente à **mesma operação**, porém quanto aos anos de **2008, 2009 e 2010**, e cuja discussão

desenvolveu-se nos autos do processo n.º 16643.720008/2013-93, tendo lá sido proferido o **Acórdão n.º 9101-003.074**, por meio do qual a Câmara Superior de Recursos Fiscais confirmou a redução da multa de ofício para 75%, corroborando assim o entendimento que já havia sido manifestado no **Acórdão n.º 1402-002.133**, que desqualificara a penalidade ao analisar esta mesma operação.

Acrescenta ainda que *“todos os atos foram praticados de forma legítima e em absoluta observância à legislação civil, comercial e fiscal”,* que *“a transação de aquisição fora integralmente celebrada com base em claras razões empresariais reconhecidas pelas autoridades fiscais e julgadoras”,* que *“dentre as diversas formas que poderiam ter sido eleitas para a realização de tal aquisição, optou-se por utilizar uma empresa holding, a MWV Participações, que daria a flexibilidade e segurança necessária ao negócio, mesmo após a aquisição”,* que *“os efeitos tributários dessa operação são exatamente os mesmos que seriam obtidos por meio de outras operações de aquisição entre partes brasileiras”,* e que, portanto, *“fica claro [...] que não houve simulação ou fraude e estamos diante de uma legítima operação de aquisição de participação societária, realizado entre partes não relacionadas, com claro propósito negocial e fundamento econômico, de forma que a multa qualificada de 150% é absolutamente inaplicável”*.

É o relatório.

Fl. 9 do Acórdão n.º 9101-005.876 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16561.720192/2012-09

Voto Vencido

Conselheira Andréa Duek Simantob, Relatora.

1. Conhecimento

O recurso é tempestivo e interposto por parte legítima.

Contudo, em face das alegações formuladas pelo contribuinte em sede de contrarrazões, e até mesmo independentemente deste fato, passo a analisar se o mesmo deve ser conhecido.

É importante lembrar que a divergência jurisprudencial se caracteriza quando os acórdãos recorrido e paradigma, em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação tributária.

O contribuinte argumenta que o primeiro paradigma apresentado pela recorrente (acórdão n.º 9101-003.396) não se prestaria à demonstração da divergência alegada porque, naquele caso, tratou de lançamento de IRPJ e CSLL em face de operação de “*ágio interno, por meio de transações intragrupo*”, ao passo que, no caso presente, “*as operações ocorreram entre partes independentes*”.

Ao analisar os excertos transcritos pelo contribuinte nas contrarrazões, pode-se ter a impressão de que se estaria, de fato, no paradigma, diante de um daqueles casos de “*ágio interno*” nos quais não há nenhum sacrifício econômico por parte do adquirente da participação societária, sendo ele gerado apenas por meio de uma sequência de operações ocorridas exclusivamente entre partes integrantes de um mesmo grupo econômico.

Entretanto, a leitura completa daquele paradigma evidencia que, naquele caso, *houve*, em um primeiro momento, um *sacrifício econômico* por parte do adquirente de participação societária em uma operação ocorrida *entre partes independentes* (BANCO BRADESCO *pagou* ágio pela aquisição de participação na AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO, posteriormente redenominada TEMPO SERVIÇOS, *empresa com a qual não possuía nenhuma relação societária anterior*).

Contudo, o colegiado concluiu que, naquele caso, quando o BANCO BRADESCO, no momento imediatamente posterior, *conferiu capital na ESMERALDA HOLDING* (empresa veículo, *então já integrante do Grupo Bradesco*) *por meio da cessão das quotas de capital da TEMPO SERVIÇOS que detinha*, tratava-se, neste momento, já de “*outro ágio*”, que não aquele efetivamente pago pelo BANCO BRADESCO aos antigos detentores da TEMPO SERVIÇOS, sendo que este “*outro ágio*” (que restou contabilizado inicialmente na ESMERALDA HOLDING, mas logo a seguir na TEMPO SERVIÇOS, quando esta incorporou a sua controladora/empresa veículo), configuraria um “*ágio gerado internamente [...] entre pessoas jurídicas sujeitas a controle comum [...] sem o ajuste com pessoas jurídicas externas*”, e com nenhum “*sacrifício patrimonial da pessoa jurídica incorporada ou da pessoa jurídica incorporadora*”.

Nestas circunstâncias é que o acórdão paradigmático manteve a glosa do ágio amortizado e também a multa qualificada aplicada aos fatos.

Deste modo, verifica-se a substancial similitude do caso paradigmático em questão com o caso dos autos.

Isto porque, quando o contribuinte, nas suas contrarrazões, argumenta que “*no caso concreto as operações ocorreram entre partes independentes*”, ele está claramente fazendo referência à operação de aquisição ocorrida entre o grupo MEADWESTVACO (RIGESA) e a família Coube, de quem foi adquirida a participação societária na TILIBRA S/A (empresa com a qual a adquirente não possuía nenhuma relação societária anterior). Nesta aquisição, envolvendo ***partes independentes***, houve ***efetivo sacrifício econômico*** (a semelhança do que ocorreu no caso paradigmático).

Entretanto, assim como ocorreu no caso paradigmático, também no caso dos autos houve a interposição, nas operações societárias entabuladas, de uma “*empresa-veículo*” (MINOG PARTICIPAÇÕES, *então já integrante do Grupo MEADWESTVACO*, posteriormente redenominada MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA), que foi quem inicialmente contabilizou o ágio pago pela RIGESA pela participação societária na TILIBRA S/A (mas logo a seguir contabilizado na TILIBRA, quando esta incorporou a sua controladora/empresa veículo).

Assim como o caso paradigmático concluiu que o sacrifício econômico em questão *não havia sido suportado nem pela pessoa jurídica incorporada nem pela pessoa jurídica incorporadora*, também foi isto o que sucedeu no caso dos presentes autos.

No caso paradigmático, o sacrifício econômico foi suportado por BANCO BRADESCO para adquirir TEMPO SERVIÇOS, mas quem contabilizou o ágio indevidamente foi ESMERALDA HOLDING, logo a seguir incorporada pela própria TEMPO SERVIÇOS (a investida).

No caso dos autos, o acórdão recorrido concluiu que o sacrifício econômico foi suportado por RIGESA para adquirir TILIBRA, mas quem contabilizou o ágio indevidamente foi MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, logo a seguir incorporada pela própria TILIBRA (a investida).

A diferença é que, enquanto no caso paradigmático a multa qualificada sobre o ágio glosado foi mantida, no caso dos autos a multa qualificada sobre o ágio glosado foi afastada.

Conforme visto, os casos são substancialmente semelhantes entre si, naquilo que importa à análise da matéria divergente, sendo as eventuais particularidades de cada caso irrelevantes para desconfigurar a similitude fática necessária ao processamento do presente recurso especial.

Para bem demonstrar o quanto acima afirmado com relação aos fatos tratados no paradigma, transcrevo a seguir alguns excertos relevantes do voto vencedor daquele acórdão (um deles também transcrito pelo próprio contribuinte nas suas contrarrazões):

“À luz dos documentos arrolados nos autos, afirma-se o seguinte:

a) não existia, ao tempo dos fatos, relação societária, direta ou indireta, entre BANCO BRADESCO e o Grupo AMERICAN EXPRESS;

b) ESMERALDA HOLDING e TEMPO SERVIÇOS já integravam o Grupo BRADESCO, quando da subscrição e integralização de capital em ESMERALDA HOLDING por BANCO BRADESCO, efetuada mediante cessão das quotas de capital de TEMPO SERVIÇOS;

c) dias depois da cessão das quotas citada no subitem anterior, TEMPO SERVIÇOS incorporou ESMERALDA HOLDING, que teve curta duração;

d) não houve transferência, para ESMERALDA HOLDING, do ágio pago por BANCO BRADESCO na compra das quotas de capital de AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO (denominação posteriormente alterada para BANKPAR TEMPO e, por fim, para TEMPO SERVIÇOS). Em outras palavras, o ágio pago por BANCO BRADESCO, na aquisição da participação no capital de AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO, não é o mesmo ágio registrado na capitalização de ESMERALDA HOLDING com cessão das quotas de capital de TEMPO SERVIÇOS. Isso porque a operação societária entre BANCO BRADESCO e o Grupo AMERICAN EXPRESS ocorreu entre partes independentes, ao passo que a operação entre BANCO BRADESCO e ESMERALDA HOLDING desenrolou-se no interior do mesmo grupo econômico, vale dizer, entre pessoas jurídicas sujeitas a controle comum. A partir dessa peculiar distinção pode-se asseverar que são operações distintas, realizadas em conformidade com vontades também distintas, manifestadas por diferentes agentes econômicos.

[...]

Nesse panorama, o valor total de R\$ 889.333.243,00 poderia ser registrado integralmente como custo, isto é, sem ágio, afinal TEMPO SERVIÇOS pertencia integralmente ao BANCO BRADESCO e passou a pertencer integralmente à ESMERALDA HOLDING pelo valor de R\$ 791,49, em momento imediatamente anterior. Cabe assinalar, ainda a esse respeito, que o valor do investimento suprarreferido, de R\$ 889.333.243,00, foi fixado no âmbito de uma operação interna ao Grupo BRADESCO, ou seja, sem o ajuste com pessoas jurídicas externas. Entretanto, ESMERALDA HOLDING optou por segregar o ágio, na importância de R\$ 845.554.557,00, quando da integralização do aumento de capital com a cessão de 414.767.057 quotas emitidas por TEMPO SERVIÇOS, entregues pelo BANCO BRADESCO.

[...]

Uma vez diante dos requisitos previstos na legislação vigente, a solução então arquitetada pelos administradores de BANCO BRADESCO consistiu na cessão das quotas do capital de AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO, já com a razão social "TEMPO SERVIÇOS", para outra pessoa jurídica do Grupo BRADESCO, a mencionada ESMERALDA HOLDING, com vistas a viabilizar a absorção do patrimônio da controladora (ESMERALDA HOLDING) pela controlada (TEMPO SERVIÇOS), **ambas sob o mesmo controle**, com a pretensão de que, desse modo, estariam atendidos os requisitos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Entretanto, é digno de nota que os elementos fáticos dos autos expõem a ausência de propósito negocial na transferência das quotas de TEMPO SERVIÇOS para ESMERALDA HOLDING.

Outrossim, mostra-se irretorquível que a atuação de ESMERALDA HOLDING, em todo o contexto, limitou-se à função de empresa veículo de um ágio artificialmente criado intragrupo para ser deduzido, no cômputo do lucro real, pela pessoa jurídica operacional (TEMPO SERVIÇOS). Anote-se que a Fiscalização ressaltou que ESMERALDA HOLDING não foi constituída para a realização de qualquer propósito negocial, porquanto, tendo sido criada em 18/03/2005 com capital de R\$ 1.000,00 e objeto social "administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista", entregou DIPJ com as seguintes evidências de que seus idealizadores não tinham em mira a consecução de qualquer atividade econômica: a) inativa, no ano-calendário 2005; c) receita bruta zero, no período entre 1º de janeiro e 29 de setembro de 2006, data da incorporação pela controlada TEMPO SERVIÇOS; c) durante sua existência, não contratou empregados, não adquiriu bem do ativo imobilizado nem registrou despesas administrativas.

É inegável que o ágio de R\$ R\$ 845.554.577,00 não se originou do sacrifício patrimonial de ESMERALDA HOLDING ou mesmo de TEMPO SERVIÇOS. Na verdade, esse ágio não tem fundamento em qualquer fato econômico. Como se afixou em linhas precedentes, o ágio amortizado que restou deduzido na apuração do lucro real, contabilizado por ESMERALDA HOLDING ao receber as quotas de capital de TEMPO SERVIÇOS, é um ágio intragrupo, sem substância econômica.

[...]

Conforme o que se expendeu adrede, não houve transferência, para ESMERALDA HOLDING, do ágio pago por BANCO BRADESCO na compra das quotas de capital de AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO (denominação posteriormente alterada para BANKPAR TEMPO e, por fim, para TEMPO SERVIÇOS). Mas, ainda que fosse o caso de reputá-lo originário da transferência do anterior sobrepreço pago por BANCO BRADESCO, na aquisição das quotas do capital de AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO, nem assim pode-se admitir sua dedutibilidade, no cômputo do lucro real, por parte de TEMPO SERVIÇOS, pois, nessa hipótese, o sacrifício patrimonial consequente ao ágio foi suportado por BANCO BRADESCO e não pela incorporada (ESMERALDA HOLDING) ou pela incorporadora (TEMPO SERVIÇOS).

Assim, considerando todo o quadro fático constante dos autos, propõe-se a negativa ao Recurso Especial do contribuinte, no tocante à dedutibilidade do ágio.

Quanto à multa qualificada, sustenta-se que a introdução da empresa veículo do ágio, ESMERALDA HOLDING, entre BANCO BRADESCO e TEMPO SERVIÇO, resultou do único propósito de excluir ou modificar o lucro tributável, que é fato gerador do IRPJ, concretizando-se tal empreitada ilícita com a criação e contabilização de uma despesa fictícia, isto é, a despesa de amortização de um ágio desprovido de substância econômica. Este ágio, como ressaltado, não passou de uma inventividade do Grupo BRADESCO, o qual, em operação interna, entendeu conveniente estabelecer um sobrepreço ao valor das quotas de capital do recorrente, transferidas por cessão à ESMERALDA HOLDING. Nessa toada, podese assegurar a prática de FRAUDE, consoante a previsão legal do artigo 72 da Lei nº 4.502/1964, o que atrai a multa qualificada do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, para o fato gerador do ano-calendário de 2006, ou do artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996, para fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 2007.

Pelo exposto, cabe negar provimento ao apelo do contribuinte a esta instância especial, em relação à multa qualificada.”

Com relação ao segundo paradigma apresentado pela recorrente (acórdão n.º 9101-003.533), o contribuinte argumenta que também não se prestaria à demonstração da divergência alegada porque, naquele caso, “*além da fraude, reputou-se tipificada também a sonegação fiscal*”, de modo que naquele acórdão “*também se constata a existência de particularidades que o torna frágil para fins de utilização como paradigma*”.

O contribuinte não desenvolve muito mais o tema além disto, limitando-se a transcrever o seguinte excerto daquele paradigma que comprova que o contribuinte fiscalizado, naquele caso, “*apresentou declarações baseadas em circunstâncias fáticas inverídicas*”, o que revela a prática de *sonegação, verbis*:

“No mesmo rumo, também é inequívoca a prática de SONEGAÇÃO prevista no artigo 71, inciso I, da Lei n.º 4.502/1964, porquanto comprovada a ação dolosa de parcialmente impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das circunstâncias materiais dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL, **já que apresentou ao Fisco declarações calcadas em circunstâncias fáticas inverídicas**: a aquisição das ações de Renosa por LEOVIN (principalmente) e a transferência das quotas de LEOVIN para BEBIDAS LATINAS e ABACUS.”

Conforme antes dito, para que o recurso especial seja admitido é necessário demonstrar que os acórdãos recorrido e paradigma, em face de situações fáticas *similares*, conferem interpretações divergentes à legislação tributária. Dois casos jamais serão idênticos entre si, sendo importante verificar apenas se os casos são semelhantes entre si *naquilo que importa à análise da matéria divergente*.

E isto restou demonstrado, pois a leitura do inteiro teor da decisão paradigmática confirma inteiramente aquilo que a ementa daquele acórdão (já ao norte transcrita) sintetiza, ou seja, que é o **uso da empresa veículo**, “*despida de propósito econômico, com o fim de dar a aparência de obediência aos requisitos de dedutibilidade do ágio amortizado*”, que justifica a aplicação da multa qualificada.

Apenas para conhecimento, naquele caso o colegiado também concluiu, por meio do voto vencedor, que o sacrifício econômico de fato incorrido *não havia sido suportado nem pela pessoa jurídica incorporada nem pela pessoa jurídica incorporadora*, de sorte que a introdução da empresa veículo nas operações, sem nenhum propósito econômico, além de justificar a glosa do ágio amortizado, justificava também a aplicação da multa qualificada.

No caso paradigmático em questão, o sacrifício econômico foi suportado por FORSAB para adquirir RENOSA, mas quem contabilizou o ágio indevidamente foi LEONVIN (empresa veículo), logo a seguir incorporada pela própria RENOSA (a investida). Fatos, portanto, muito semelhantes aos tratados no caso dos presentes autos (assim como também no primeiro paradigma).

Para bem demonstrar o quanto acima afirmado, transcrevo a seguir alguns breves excertos do voto vencedor daquele acórdão, os quais reputo suficientes para esta finalidade, *verbis*:

“Diante de tais dispositivos normativos, depreende-se que a dedutibilidade do ágio amortizado, na apuração do lucro real, carece de amparo legal, no caso concreto, já que o ágio **não** foi suportado, com sacrifício patrimonial, pela pessoa jurídica incorporada ou pela pessoa jurídica incorporadora. [...]

Sobreleva-se dos preceitos normativos supracitados como já adiantado que o verbo **adquirir** implica sacrifício patrimonial da incorporada ou da incorporadora. Por conseguinte, **não** se sustenta a imaginada legalidade da influência de despesa com amortização de ágio, na redução do lucro tributável pelo IRPJ, se esse mesmo ágio for obtido, pela incorporadora ou pela incorporada, mediante transferência, para aumento ou integralização de capital, de investimento **adquirido por terceiro** com a citada mais valia. Vale dizer, de outra forma, que a influência no resultado tributável pelo IRPJ, ora em foco, só tem amparo legal **se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida**.

No caso em exame, coube à pessoa jurídica FOR SAB suportar o sacrifício patrimonial pela aquisição da participação societária no capital da fiscalizada. Nessa aquisição, FOR SAB arcou com despesa de ágio de R\$ R\$ 125 milhões. A vedação à influência dessa despesa no lucro real apurado por Renosa é consequência da inexistência de confusão patrimonial entre FOR SAB e Renosa.

A alternativa que pareceu viável ao grupo FOR SAB, para o propósito de se beneficiar do ágio pago na aquisição de Renosa, foi a de constituir, em 10/12/2004, a empresa veículo LEONVIN com capital social de R\$ 1.000,00, aumentado, em 24/01/2005, no montante expressivo de R\$ 135.924.000,00. Importa considerar que as sócias no capital de LEONVIN, ao tempo da aquisição das ações de Renosa, eram as pessoas jurídicas Bebidas Latinas e Abacus, subsidiárias de FOR SAB localizadas em Jersey, Ilhas do Canal, paraíso fiscal reconhecido pela IN RFB nº 1.037/2010.

Nas circunstâncias comentadas, pareceu aos idealizadores do planejamento tributário que seria legítima a dedução do ágio amortizado por Renosa, depois de incorporar a empresa veículo. Nesse contexto, deve-se ressaltar a falta de propósito negocial, na constituição de LEONVIN, [...]”

Ademais disto, o fato de, naquele caso paradigmático, o colegiado ter concluído que, *além da fraude*, restou caracterizada *também* a sonegação, não constitui fator relevante para descaracterizar a similitude fática existente entre os casos, afinal, a multa qualificada restaria mantida, de qualquer modo, ainda que restasse configurada somente a fraude, ou seja, ainda que não houvesse a configuração *também* da sonegação.

Neste sentido, os seguintes excertos do voto vencedor daquele acórdão esclarecem que o fato destacado pelo contribuinte nas suas contrarrazões (de que “*o contribuinte apresentou declarações baseadas em circunstâncias fáticas inverídicas*”) serviu para a caracterização da *sonegação*, ao passo que a utilização da empresa veículo, despida de qualquer propósito econômico, serviu para a caracterização da *fraude*, sendo este fato por si só suficiente para a imputação da multa qualificada, *verbis* (destaquei):

“Sem dúvida, a arquitetura societária engendrada não tinha propósito negocial. Os articuladores de todo o esquema montado buscaram um único fim, ao tecerem tal arranjo: reduzir ilicitamente o IRPJ e a CSLL, lançando mão de um contrato de sociedade para ser utilizado com a intenção de atestar a existência jurídica da empresa veículo, malgrado despida de propósito econômico. Esse contrato, juntamente com documentos da escrituração, foram apresentados à Fiscalização com vistas à

comprovação da regularidade da dedução do ágio amortizado. Por conseguinte, assevera-se que seu uso serviu à finalidade de dar uma aparência de legalidade a um fato que não o é, pois a redução dos tributos registrada, nas declarações da fiscalizada, em razão da despesa de amortização desse ágio, não tem o amparo da lei.

À vista do exposto, sustenta-se que **a introdução da empresa veículo, na arquitetura societária montada, configura ato de execução de uma prática juridicamente reprovável, que objetivava modificar as características dos fatos geradores de IRPJ e CSLL, concretizando-se tal empreitada ilícita com a geração e contabilização da despesa de amortização do ágio**, influenciando indevidamente os resultados tributáveis.

Nessa toada, pode-se assegurar a ocorrência da prática de FRAUDE, conforme artigo 72 da Lei nº 4.502/1964, estando visível o dolo, uma vez constatada, como de fato se constata, a vontade livre de realizar a conduta típica, bem com a demonstração de que os responsáveis agiram com consciência da ação típica e do resultado juridicamente desvalorado, consistente na redução ilícita da base tributável do IRPJ e da CSLL, **motivo por que se deve aplicar a multa qualificada** prevista no artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996, para os fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 2007.

No mesmo rumo, também é inequívoca a prática de SONEGAÇÃO prevista no artigo 71, inciso I, da Lei nº 4.502/1964, porquanto comprovada a ação dolosa de parcialmente impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das circunstâncias materiais dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL, já que apresentou ao Fisco declarações calcadas em circunstâncias fáticas inverídicas: a aquisição das ações de Renosa por LEOVIN (principalmente) e a transferência das quotas de LEOVIN para BEBIDAS LATINAS e ABACUS.”

Conforme visto, os casos são substancialmente semelhantes entre si, naquilo que importa à análise da matéria divergente, sendo as eventuais particularidades de cada caso irrelevantes para desconfigurar a similitude fática necessária ao processamento do presente recurso especial.

Por fim, o contribuinte argumenta que o recurso fazendário envolveria mera pretensão de reexame de provas, incabível em sede recursal especial.

Não lhe assiste razão, contudo.

O recurso especial não trata de reanálise de provas, senão de reavaliação dos fatos e provas já produzidas e devidamente assentadas nas instâncias inferiores, é dizer, busca-se aferir, com o recurso, *se os fatos, tal qual descritos na decisão recorrida, configuram ou não a prática de ilícito que autorize a aplicação da multa qualificada.*

A reavaliação jurídica dos fatos, ou a atribuição de nova qualificação jurídica aos fatos, é da própria essência da natureza do recurso especial. Haveria pretensão de simples reexame de provas acaso o recurso, para ser provido, dependesse de que a Câmara Superior *tomasse por ocorridos fatos cuja existência o acórdão recorrido negou, ou então negasse fatos cuja existência o acórdão recorrido confirmou*, mas não é este o caso do presente recurso.

No relatório aqui ao norte, foram transcritos excertos do relatório elaborado pela decisão de piso (DRJ), os quais foram reproduzidos tanto no acórdão nº 1301-002.155 quanto no

acórdão n.º 9101-003.395 e, ainda, no próprio acórdão n.º 1301-003.426 (recorrido), sendo que em momento algum qualquer um dos fatos ali relatados foram colocados em xeque ou refutados por qualquer uma dessas decisões precedentes. São fatos, portanto, devidamente assentados, e são esses mesmos fatos que serão, a seguir, valorados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, de acordo com a sua compreensão do ordenamento jurídico posto. Não há nenhuma pretensão de reexame de prova em julgamento no presente recurso.

Conforme visto, diante de casos substancialmente semelhantes, diferentes colegiados atribuíram distintas interpretações/qualificações jurídicas aos fatos. Enquanto o acórdão recorrido considerou que as operações societárias engendradas não evidenciariam o intuito de fraudar o fisco, mas tão somente a prática de “*planejamento tributário ineficaz*”, os acórdãos paradigmáticos entenderam que operações societárias semelhantes, naqueles casos ocorridas, caracterizavam o intuito de fraude.

Em vista de todo o exposto, conheço do recurso especial.

De sua vez, cumpre ressaltar que fiquei as conclusões do colegiado quanto ao conhecimento, apesar de coincidirem com o resultado de efetivamente conhecer do recurso, a maioria entendeu que o conhecimento deveria ser abarcado apenas pelo segundo paradigma, acórdão n.º 9101-003.533, em face de a empresa veículo, no caso do recorrido aparecer como inexistente, em face de sequer haver conta em banco e os cheques não passarem por ela, assemelhando-se ao caso do paradigma aceito pela maioria do colegiado, pois a veículo não interfere na operação. Portanto, por esse fundamento, a maioria do colegiado entendeu pela similitude fática em relação ao segundo paradigma e o recurso foi conhecido.

2. Mérito

A indedutibilidade do ágio, conforme visto, é matéria já superada nos presentes autos desde a prolação do acórdão n.º 9101-003.395, tendo em vista que não houve, no caso, a “*confusão de patrimônio*” entre a pessoa jurídica real investidora e a investida, pois entre elas foi interposta uma “*empresa-veículo*” com a específica finalidade de utilização na aquisição de participação societária em outra empresa, de sorte que não houve a efetiva “*extinção do investimento*” (a real investidora original, no caso presente, apenas *deixou de deter o investimento de forma indireta*, ou seja, por meio da MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA – *empresa-veículo* – para passar a detê-lo de forma direta).

A qualificação da penalidade, no caso presente, decorre precisamente desta “*montagem*” do negócio pelo contribuinte, a qual bem evidencia, consoante observou a fiscalização, uma “*simulação, pela sequência de atos apenas formais, sem conteúdo econômico ou propósito negocial, com intuito único de evitar o pagamento dos tributos devidos*”.

De fato. Foram praticados *diversos atos sequenciais, encadeados em curto espaço de tempo*.

Conforme relatado ao norte, a real investidora RIGESA (grupo MEADWESTVACO), adquiriu 100% do capital da empresa MINOG PARTICIPAÇÕES pelo valor de R\$100,00, em 30/07/2004, alterando a sua razão social para MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

Apenas 13 dias após, **em 12/08/2004**, a RIGESA **aumentou o capital da MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA de R\$ 100,00 para R\$ 199.823.629,00**, e **nesta mesma data (12/08/2004)**, a **MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA efetua a compra das ações da TILIBRA com ágio**.

Importante salientar que **a compra das ações da TILIBRA ocorreu com os mesmos cheques emitidos pela RIGESA para a subscrição do capital na MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, pois esta empresa-veículo sequer possuía conta bancária!**

Salta aos olhos que a empresa MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA é mera “*empresa de papel*” ou “*de prateleira*”, sem nenhuma utilidade para os negócios e transações empresariais que justificasse a sua existência. Não exerceu nenhuma atividade econômica durante a sua breve existência, sendo adquirida e extinta pelo grupo MEADWESTVACO (RIGESA) em menos de três meses (foi incorporada pela própria investida TILIBRA em 30/10/2004, momento em que passou a amortizar o ágio).

O fato de tal empresa sequer possuir conta bancária, e de a aquisição da TILIBRA ter sido feita, portanto, mediante o uso dos *mesmos cheques* utilizados pela RIGESA para aportar capital nesta empresa veículo *no mesmo dia em que foi feita a compra*, evidenciam que a real operação entabulada foi de fato a aquisição da TILIBRA pela RIGESA, e não a aquisição da TILIBRA pela MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

A utilização da empresa veículo MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, a toda evidência, configura um artifício *com vistas à criação de um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*.

A lei é clara a respeito do tema. Quem adquire uma empresa pode amortizar o ágio pago na transação caso a adquirente incorpore a adquirida, ou vice-versa.

No caso, temos que RIGESA adquiriu TILIBRA, mas, menos de três meses após, começou a amortizar o ágio pago na aquisição, *apesar de RIGESA não ter incorporado TILIBRA, nem vice-versa*.

Esta “*mágica*” (?), que fez brotar uma amortização do ágio nessas condições, somente foi possível por meio da interposição da empresa veículo MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA nas operações societárias, de modo a criar a *ilusão* de que não teria sido a RIGESA quem teria adquirido a TILIBRA (mesmo que os cheques usados na aquisição tenham sido emitidos pela RIGESA).

Mostra-se evidente a artificialidade, praticada com o *intuito doloso de evitar, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador dos tributos lançados*, circunstância esta que caracteriza o intuito de ludibriar, de fraudar o fisco, fatos subsumidos ao conceito do art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Neste sentido, entendo que a multa qualificada deve ser restabelecida.

Pelo exposto, **dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.**

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob

Voto Vencedor

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Redator Designado

Ousando divergir do robusto e bem fundamentado voto da I. Relatora, Andréa Duek Simantob, no que tange ao mérito do Recurso Especial da Fazenda Nacional, sobre o tema da aplicação de multa de ofício qualificada em Atuação de glosa da *dedução* de valores de ágio, sob a acusação de emprego de *empresa-veículo* na transação que deu origem ao dispêndio, registro, a seguir, a posição vencedora em julgamento.

Pois bem, o tema da qualificação da multa de ofício em operações societárias não é novo. Pelo contrário, há décadas a matéria em questão vem sendo analisada neste E. CARF nos antecessores E. Conselhos de Contribuintes, seja dentro da especificidade da amortização do ágio, ou mesmo em outros atos e negócios que envolvem reorganizações societárias, cujo o questionamento de sua validade, *oponibilidade* ao Fisco e licitude foram os fundamentos de lançamentos de ofício e da aplicação de multas.

Mas, certamente, não estamos no campo da *magia*, do *ilusionismo* ou, ainda, do *ocultismo*.

Este mesmo Conselheiro já teve a oportunidade de se pronunciar sobre essa temática nos v. Acórdãos n.º 1402-002.826, de 20/04/2018, n.º 1402-003.850, de 22/05/2019 e n.º 1402-003.978, de 28/08/2019, ainda no âmbito da C. 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção deste E. CARF, assim como, já nessa C. 1ª Turma da CSRF, no v. Acórdão n.º 9101-005.761, de 26/10/2021.

Previamente registre-se que, em relação à adoção das chamadas *empresas-veículo* nas estruturas de investimentos societários em que, posteriormente, o ágio percebido é amortizado fiscalmente, à luz dos arts. 7º e 8 da Lei n.º 9.532/97, entende-se que seu mero emprego, inclusive no formato de *holdings*, criadas com o único propósito de promover a aquisição das participações societárias de interesse, não invalida a dedutibilidade desse sobre preço percebido e, muito menos, representa ilício, desde que a presença de tais entidades não tenha representado a formação artificial de *ágio novo* ou elevado seu montante.

Porém, a *dedução* do ágio, *per si*, não está mais sob julgamento – mas apenas a qualificação da multa de ofício, correspondente a tal suposta infração, cometida por meio da adoção de modelo societário transacional, supostamente *sem propósito negocial, ilícito, simulado e fraudulento* aos olhos da Fazenda Nacional.

Conforme relatado, em suma, desconsiderando repetições e redundâncias, entende a Recorrente, textualmente, que *as partes praticaram diversos atos simulados, todos com o fim único de ludibriar o Fisco para pagar menos tributo. A realização de atos em seqüência demonstra a ação firme, consciente, abusiva e sistemática do contribuinte, com notório propósito de burlar o cumprimento da obrigação fiscal também que é de se associar a conduta simulatória analisada nos autos com o intuito doloso de fraude.*

Defende a correta aplicação da sanção de ofício duplicada ao caso, na monta de 150%, por meio das seguintes alegações 1) a Contribuinte *praticou atividade ilícita comprovada, detalhadamente descrita no termo de verificação fiscal, observada a partir da realização de diversos atos simulados, tudo visando a criação artificial de ágio, motivo pelo qual foi aplicada e devidamente justificada a multa de 150%*; 2) *a conduta foi sempre resultado de sua vontade, livre e consciente, já que realizada de forma simulada e artificial, mediante a reorganização societária sem nenhum propósito negocial, objetivando impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal*; e 3) *como resultado da conduta dolosa, houve a diminuição do efetivo valor da obrigação tributária, com o conseqüente pagamento a menor do tributo devido, em evidente prejuízo ao erário.*

Como tratado no voto vencido, o *cerne* acusatório é a carência do chamado *propósito negocial* na criação e utilização da *holding* “MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA”, rotulada de *empresa-veículo*, na operação de aquisição da “TILIBRA S/A PRODUTOS DE PAPELARIA” pelo Grupo Econômico internacional MeadWestVac-MWV (*real adquirente* seria a empresa “RIGESA, CELULOSE, PAPEL E EMBALAGENS LTDA”, diretamente controlada pela estrangeira, canadense, “MWV CANADA OPERATION CO”).

Assim a Fiscalização *resumiu* a operação considerada *simulada e fraudulenta*:

Entretanto, no caso concreto, o grupo MWV, por meio da RIGESA, em uma seqüência de operações societárias sem nenhuma substância econômica ou propósito negocial:

- planejou a criação de uma típica empresa veículo, constituída e extinta em curto lapso temporal (três meses de vida jurídica), com o evidente intuito de transferir o ágio sobre investimento constante da contabilidade da investidora para a investida (TILIBRA);
- efetuou a integralização do capital social da empresa veículo ME.ADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES, com recursos da RIGESA, os quais foram imediatamente utilizados (cheques endossados) para a aquisição das ações da TILIBRA, que era a operação real almejada desde o início pela RIGESA;
- posteriormente (dois meses depois), promoveu a incorporação reversa (TILIBRA incorpora empresa veículo).

Posto isso, primeiro é certo que a estruturação de negócios de fusões e aquisições utilizando modelos que contemplam *holdings* e companhias especificamente criadas para promover tais transações faz parte do corolário de livre organização empresarial, mostrando-se empiricamente ágil e eficiente (fato notório dos conhecedores do mercado de *M&A*), inexistindo qualquer vedação legal de tal estruturação, não podendo a opção societária *contaminar* a dedutibilidade de uma despesa que foi legitimamente formada - independentemente de qual pessoa jurídica envolvida restou figurando como sua detentora, ao final de todas as etapas de execução do negócio.

É necessário, aqui, o esclarecimento do conceito de Direito Comercial de empresas *holdings*, contemplado expressa e legalmente no §3º do art. 2º da Lei das S/A, posto que algumas de suas características próprias, tanto práticas, como jurídicas, plenamente lícitas e corriqueiras, foram indevidamente utilizadas como argumento para tal constatação de ausência de motivação extra tributária, *negocial*.

Permitindo-se aqui uma tradução livre, o próprio verbo inglês *to hold* significa "deter", "segurar". Assim, sua nomenclatura já indica a sua função primordial: deter participações de outras empresas. O Prof. Modesto Carvalhosa¹ define a razão de ser e as atividades das empresas criadas sob a rubrica de *holding* assim:

A *entidade econômica* concentracionista, que surge das coligações e do controle de outras sociedades, encontram na holding o instrumento fundamental de sua organização.

As *holdings* são sociedades não operacionais que têm seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a *participação relevante* em outras companhias, visando, nesse caso, constituir a coligação.

¹ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. pp. 14/15.

Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio.

(...)

Tem assim a sociedade *holding* como característica diferencial e objetivo principal a *participação relevante* em uma atividade econômica de terceiros, em vez do exercício de atividade produtiva ou comercial.

**Possui como características principais: ter seu patrimônio formado de ações emitidas por outras companhias, exercer o controle sobre elas ou delas participar em caráter permanente, com *investimento relevante* no seu capital. Assim, o objeto social da *holding* é sempre o de participar do capital de outra sociedade, como controladora ou investidora (coligação).
(destacamos)**

Nesse sentido, essa modalidade empresarial é o instrumento societário mais utilizado para a organização e operação de Grupos Empresais de ampla atuação, dado a sua simplicidade e baixo custo de constituição/aquisição, funcionamento, operacionalização e extinção.

Assim, dentro de sua condição de companhia não operacional, sem caráter comercial, mercantil, o fato de possuir a *holding* estrutura e correspondente *gasto* diminuto, assim como não contratar funcionários e desempenhar atividade mercantil, nada mais faz do que **confirmar** sua correta classificação societária e natureza jurídica de *holding*.

Especialmente em relação a Grupos multinacionais, como o Grupo MWV, é extremamente natural se organizarem e investirem por meio de tais figuras, em todos países que possuem investimentos.

É plenamente compreensível a escolha por não criar uma *nova* estrutura complexa, ou mesmo novas filiais, que espelhariam, ainda que parcialmente, por razões de políticas internas e *compliance*, a organização e a configuração institucional de sua matriz, representando, inclusive, um acréscimo injustificável de custos e burocracia da transação de investimento.

Promover a aquisição por meio de *holding* – ao invés de fazer o negócio *diretamente* (como muitas vezes *sugerido* pela Fiscalização e constante destes autos) - também é uma forma de, num primeiro momento, preservar as companhias operacionais já existentes do Grupo (sejam nacionais e estrangeiras), evitando-se uma comunicação direta de riscos desse novo negócio (ainda não consolidado e *testado*).

Endossando tal usualidade, a literatura doutrinaria², dentro de uma abordagem mais prática, cita e confirma essa vocação das *holding* para investimentos internacionais:

A holding pode ter o caráter de *internacionalidade*, isto é, manter ações de companhias que não estejam necessariamente no mesmo país. **Ela se mostra importante "ponte" controladora de exportação, importação e investimentos estrangeiros.** (destacamos)

Eis então sua função maior e *propósito negocial* intrínseco à figura: instrumentar a entrada em novos setores econômicos e manejar investimentos societários – mais ainda para os Grupos multinacionais.

Corroborando tal entendimento, confira-se trechos de Declaração de Voto do I. Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, acompanhando o voto vencedor que deu provimento ao Recurso Voluntário do Contribuinte, no v. Acórdão nº 1301-001.505, proferido ainda na titularidade da C. 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, publicado em 25/02/2015:

Do exame das operações realizadas, entendo que, desta feita, restou evidenciado que não estamos diante da criação do chamado ágio interno, ou seja, aquele criado exclusivamente dentro de um grupo de empresas sem modificação efetiva da participação societária de seus controladores.

No presente caso o Banco Societé Brasil, por meio de uma empresa controlada (Trancoso), adquirida especificamente para esse fim, adquiriu o controle da empresa Cacipar, anteriormente convencionada entre o Banco Societé e os sócios da empresa vendedora.

(...)

O ágio, portanto, não foi formado em operação interna (intragrupo), mas sim da entrada de capital de um novo investidor no grupo que promoveu a efetiva alteração do controle societário da empresa vendida.

A fiscalização apontou uma série de questionamentos formais ao negócio entabulado, tais como: ausência de deliberação interna no Grupo Societé visando transferir a aquisição do investimento por meio da empresa Trancoso; ausência de notificação do vendedor, estabelecida no contrato de compra e venda, quanto à cessão de direitos; erros e inconsistências no Livro de Transferência de Ações do Banco Cacique.

² LODI, Edna Pires. LODI, João Bosco. Holding. 4ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2001, p. 9.

Entendo que não obstante tais aspectos formais não são suficientes para invalidar a conclusão de que ocorreu o pagamento de um ágio na aquisição de uma participação entre partes não relacionadas.

O fato de o negócio ter sido entabulado pela Banco Someté Brasil e efetivado por meio de um empresa controlada, que recebeu o aporte de capital para fazer o investimento ao meu ver não contamina o negócio, nem desnatura a ocorrência do ágio. Havia inclusive previsão contratual para que ocorresse dessa forma. Ainda que não tenha existido a notificação prévia é certo que os vendedores não se opuseram, tanto que celebraram a venda.

Não enxergo simulação neste caso, mas sim a adoção de uma estrutura para as operações societárias compatível com o negócio efetivamente realizado, ainda que evidentemente estruturada com vistas a obtenção dos benefícios futuros de amortização desse ágio, conforme a previsão legal.

Entendo que, desta feita estamos no campo daquelas situações em que o contribuinte se valeu licitamente do direito de organizar o seu negócio de acordo com suas necessidades e/ou interesses, inclusive optar pela forma negocial que lhe propiciasse o menor custo ou maior vantagem tributária, obedecidos os ditames legais. (destacamos)

Não pode haver - e muito menos prevalecer - a criação de uma *nova* obrigação, pelas Autoridades Tributárias, quanto à forma com que as Grupos Econômicos investem no país ou como participam do mercado brasileiro.

Se válida fosse a lógica empregada pela Fiscalização, entendendo que as *real adquirente* seria a empresa “RIGESA, CELULOSE, PAPEL E EMBALAGENS LTDA”, diretamente controlada pela estrangeira, canadense, “MWV CANADA OPERATION CO”, pelo fato dessa entidade ter desembolsado valores previamente e para a ocasião da aquisição, através de capitalização societária da *holding* nacional, toda empresa brasileira que promoveu uma aquisição, a qual se valeu, anteriormente, de financiamento de controladora ou sócios (nacional ou estrangeira), não seria nunca titular de suas despesas, bastando apenas o Fisco regredir o bastante necessário no tempo, até encontrar o patrocínio de *outrem*.

Pertinente dizer que é necessária uma *desmistificação* da figura dos Grupos Econômicos investidores multinacionais e da adoção de estratégias empresariais com estruturas societárias, consideradas *engenharia complexa, desnecessária*, como fundamentos próprios para requalificação dos fatos, lançamento tributário e aplicação de vultosas multas.

Em não havendo a demonstração ou a prova de ilicitude objetiva na operação, tais fatos devem ser considerados como a regular prerrogativa organizacional do Grupo Econômico.

Fundamentar as exigências e penas tributárias - ou a sua manutenção - na afirmação de que *podéria* o contribuinte ter realizado a operação de outra forma, fazendo a aquisição direta das participações societárias pela companhia controladora ou pelos seus sócios, nada mais é do que a imposição da via negocial possível (dentre uma multiplicidade de cenários factíveis) com a maior onerosidade tributária - o que não pode ser acatado.

Em relação à suposta *breve* permanência da *holding* “MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA” na estrutura societária até a incorporação (reversa) e, conseqüente, *extinção*, tem-se que o art. 8³ da Lei n.º 9.532/97, expressamente, permite a incorporação reversa nas operações que dão margem ao ágio dedutível do Lucro Real e - dentro da sua condição de *holding* - considerado que sua função era precisamente promover a aquisição de novas participações societárias, uma vez esgotado seu propósito, perde qualquer relevância debater o tempo de sua existência e participação na estrutura organizacional.

Qual o prazo de duração *necessário* para a *holding* ter *propósito negocial*?

Ora, se acatado tal pensamento, estaríamos diante de um novo *requisito*, não só do Direito Tributário para a validação da amortização do ágio, mas também de Direito Comercial para a atribuição de personalidade jurídica a empresas *holding*.

Tal lógica de mensurar a *personalidade* ou *robustez negocial* das empresas pela sua duração, número de operações efetuadas e fluxo financeiro deve ser aplicada com maior rigidez às empresas com objetos mercantis (comerciais, industriais e de serviços). Em relação às *holdings*, não operacionais, que, como demonstrado, têm como função operar e organizar, dentro de Grupos Econômicos, a compra e detenção de participações societárias, tal raciocínio deve ser profundamente relativizado - quando não, totalmente desconsiderado.

No que tange à afirmação da *aquisição da TILIBRA ter sido feita, portanto, mediante o uso dos mesmos cheques utilizados pela RIGESA para aportar capital nesta empresa veículo no mesmo dia em que foi feita a compra*, igualmente, nada evidencia de ilícito, simulado ou fraudulento. Está-se aqui diante de especulação e elucubração circunstancial, desvinculada de qualquer valor jurídico e contábil.

³ Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:
(...)

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

Seria a mesma coisa dizer que a compra de um imóvel por uma determinada empresa foi, *na verdade*, feita pelo seu sócio, em razão de ter a Fiscalização observado o número de série das notas de dinheiro utilizadas no pagamento da edificação e concluído tratar-se das mesmas cédulas entregues à administração comercial da sociedade, referente à integralização de um aumento de capital, imediatamente anterior.

O *aporte* e os *investimentos* feitos nas empresas pelos seus titulares são atos jurídicos, com reflexos contábeis, onde não há uma necessária transferência e retenção física dos bens, valores e créditos conferidos para a sociedade. Não faz sentido fazer tal *rastreamento*, que, por fim e ao cabo, nada exprime de irregular ou mesmo suspeito.

O fato da aquisição da “TILIBRA S/A PRODUTOS DE PAPELARIA” ter se operado por pagamento efetuado através de cheques endossados, emitidos inicialmente pela “RIGESA, CELULOSE, PAPEL E EMBALAGENS LTDA”, sua titular, apenas confirma a existência da relação societária e de capitalização entre essas duas entidades – nada mais.

Trata-se aqui de uma glosa de ágio, percebida em operação ocorrida entre empresas brasileiras validamente constituída e operando dentro de seus propósitos sociais, de maneira que cada companhia faz *jus* a todas suas prerrogativas, ônus e direitos – inclusive a titularidade de seus custos e receitas.

Dentro desse contexto, importante lembrar que não cabe ao Fisco questionar as decisões gerenciais da sociedade, incluídas aqui as estruturas adotadas para promover seus negócios e as vias negociais eleitas, naturalmente, sempre visando o melhor resultado empresarial, com o menor dispêndio possível.

Relevante, agora, tratar sobre a legitimidade e validade do fundamento fiscal de ausência de propósito negocial, que teria implicado em *simulação e fraude*.

Claramente, na Autuação que impõe as exações tributárias, adotou-se uma posição de exclusiva consideração e privilégio a uma abordagem *causalista* da validade dos negócios, condicionando sua legitimidade, eficácia e produção de efeitos à existência e à apuração, subjetiva, da suposta real causa da celebração dos atos abarcados na operação (complexa) de aquisição de participação societária.

Porém, foi-se muito mais além.

Expressamente, a Fazenda Nacional, no seu Recurso Especial, alega que *conforme provam os documentos coligidos na ação fiscal e os relatos do Termo de Verificação Fiscal, citados nos tópicos anteriores desta peça, as partes praticaram diversos atos simulados, todos com o fim único de ludibriar o Fisco para pagar menos tributo.* – assim como fez a Autoridade Fiscal quando aplicou a multa de ofício qualificada na Autuação – pela suposta constatação de ausência de um *propósito negocial* na utilização da empresa *holding* “MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA” para estruturar a aquisição de novo investimento *societário*.

Existe aqui um forte descompasso, desalinhamento e desrespeito a determinações legais e conceitos jurídicos que devem ser abordados e tratados devidamente.

Primeiro, a *teoria causalista* para a aferição de validade e de eficácia dos negócios jurídicos não tem respaldo total e absoluto no Direito Civil brasileiro – tampouco no Direito Tributário, como veremos. Na verdade, historicamente, o *Codex* Civil nacional contemplava apenas a *teoria voluntarista*, onde a validade e a eficácia dos negócios estava submetida à coincidência da vontade das partes com aquilo avençado e celebrado.

Apenas a partir de 2002 - sem prejuízo ou revogação das previsões típicas da teoria voluntarista – quando foram inseridos dispositivos novos, como o art. 187, no Código Civil vigente, no qual é previsto que *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*, é que se pode aventar a introdução desse novo *critério* de validade, licitude e *oponibilidade* dos negócios.

Ocorre que a *simulação* é instituto muito antigo, tipicamente *objetivista* e *voluntarista*, e está atualmente previsto no art. 167 do Código Civil de 2002, cujas alterações promovidas (em relação aos arts. 103 e 104 do mesmo Compêndio de 1916) - destacando-se a figura da *simulação relativa*, que excepciona da nulidade o elemento transacional que persiste válido mesmo diante da ocorrência dos vícios ensejadores de reconhecimento do ilícito – não alterou as circunstâncias de sua declaração.

Sua ocorrência continua condicionada a vícios de vontade e *falsidade* elementar nas declarações presentes nos Instrumentos, concisamente delimitando o instituto com a seguinte prescrição de seu §1º:

§1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Como se observa, a *ausência de causa* ou, mais especificamente, *ausência de propósito negocial*, **não dá margem ao reconhecimento de simulação** no Direito brasileiro. Se aceita essa *proposta*, permitir-se-ia manifesta distorção e extrapolamento de delimitação legal de tal ilícito.

Já a figura da *fraude*, tratada de maneira parca e um tanto excessivamente específica no art. 158 do Código Civil de 2002, pode ser delimitada, conceitualmente, no Direito nacional como o emprego de ardil ou artifício, configurando conduta dolosa, de má-fé, visando ao *engano* de terceiro, para provocar-lhe dano ou obter, para si, vantagem indevida. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça⁴ foi a grande responsável por *definir* tal importante instituto legal.

Na seara tributária, tal definição limita e emoldura o alcance, então, *temático* do art. 72 da Lei n.º 4.502/64⁵, veiculado antes das normas gerais do Código Tributário Nacional e das construções e alterações conceituais do próprio Direito Civil, agora vigentes.

Confirmando tais assertivas, confira-se a brilhante lição de Alfredo Augusto Becker⁶, cuja autoridade sobre o tema não comporta *desafio*:

Em resumo: as regras jurídicas que geram as relações jurídicas tributárias são regras jurídicas organicamente enquadradas num único sistema que constitui o ordenamento jurídico emanado de um Estado. Desta homogeneidade sistemática (homogeneidade essencial para o funcionamento de qualquer organismo e, portanto, essencial para a certeza do direito que deve derivar do organismo jurídico), decorre a consequência de que a regra de Direito Tributário, ao fazer referência a conceito ou instituto de outro ramo de Direito, assim o faz, aceitando o mesmo significado jurídico que emergiu daquela:

⁴ Vide HC 285.587/SP, Sexta Turma, Exmo Min. Rel. Rogerio Schiatti Cruz, publicado em 15/03/2016.

⁵ 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.

⁶ Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2010, p. 132.

expressão (fórmula ou linguagem literal legislativa) quando ela entrou para o mundo jurídico naquele outro ramo do Direito.

E mesmo que se entenda que praticar um negócio ou ato *sem propósito comercial* seja, atualmente, um ilícito, tal manobra, não evidencia a simulação, a fraude ou seu intuito, carecendo nesse apontamento – pelo menos – dos elementos da má-fé e do artifício ardiloso, propositalmente enganoso.

Nenhuma legítima hipótese legal de *simulação* ou *fraude* foi demonstrada e comprovada pela Autoridade Fiscal, sendo manifestamente improcedente tal justificativa para permitir o agravamento sancionatório da Contribuinte, diferente do que se pretende no Recurso Especial.

Não se trata de mero *preciosismo* ou *excesso de apego técnico* aos termos da Lei; está-se diante de figuras regidas pelo Direito Civil, com características, delimitação e efeitos próprios. Não pode ser tratado o tema com *indiferença* ou *flexibilidade* para fins da constatação do objeto da acusação fiscal e da correção da aplicação da pena ou, ainda – derradeiramente – para a análise de sua procedência, no ambiente contencioso.

Os diferentes institutos jurídicos não se confundem com meras *palavras* do léxico luso-brasileiro, não havendo sinonímia, confusão ou fungibilidade entre si, possuindo regulamentação legal e, conseqüentemente, alcances e efeitos próprios, distintos e singulares.

Por exemplo, a regulamentação da *simulação* consta do art. 167 e a *fraude* do art. 158, ambos do Código Civil de 2002, sendo expressamente mencionadas no art. 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional, não havendo, assim, dúvidas de que pode a Autoridade Fiscal promover Autuações, desconsiderando e requalificando fatos para exigir o tributo evadido, diante de tais ocorrências e aplicar a penalidade mais gravosa. Igualmente, tais figuras específica *dialogam* diretamente com as antigas previsões dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Já o *abuso de direito* seria regulado na esfera privada pelo art. 187 do Código Civil vigente, sem qualquer menção no *Codex* Tributário, editado antes de sua veiculação no sistema jurídico nacional, o que dá margem à indagação da validade de sua adoção para fins de lançamento de ofício de tributos e qual a sanção adequada, quando essa é a acusação imposta ao contribuinte.

Ao seu turno, ainda diga-se que, depois de 2001, temos a figura da *dissimulação*, que é mencionada no polêmico parágrafo único do art. 116 do Compêndio Tributário, havendo debate se tal instituto também abarca o *abuso de forma*, a *ausência de propósito negocial* e a *elusão*, assim como é muito questionável a própria eficácia do dispositivo, que não foi regulamentado por Lei Ordinária.

E, observando as remissões conceituais da prerrogativa fazendária insculpida no art. 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional de 1966, dentro de tal alcance e delimitação jurídica, de maneira sistemática, é que as figuras da *sonegação*, da *fraude* e do *conluio* mencionadas e tratadas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 (então, anterior ao *Codex* fiscal) devem ser tratadas para fins da aplicação do *apenamento exasperado*, previsto no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Assim, a *identidade* e a *individualidade* de cada instituto de Direito e da sua correspondente regulamentação (ou não) é motivo determinante na existência de uma multiplicidade de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, judiciais e deste mesmo E. CARF, sobre a legalidade da sua adoção e invocação para o *desfazimento* e *desconsideração* de atos, negócios e pessoas jurídicas ou para a qualificação da multa de ofício - acatando-se alguns e rejeitando outros, para os mesmos fins.

Rechaça-se – com veemência - o entendimento de que basta a Autoridade Tributária bem descrever *os fatos*, sendo irrelevante o *equivoco* na fundamentação jurídica do lançamento de ofício. Tal posição não só pressupõe que poderiam as Autoridades Julgadoras determinarem, posteriormente, a legislação aplicável, durante o contencioso, como contraria o ônus legal da Fiscalização, previsto no art. 142 do CTN e no art. 10 do Decreto nº 70.235/70 – além de *empobrecer* e *desmerecer* a tão nobre função técnica do Auditor Fiscal.

Não se está exigindo da Autoridade Fiscal *erudição acadêmica* ou magistério jurídico na sua atividade pública, mas o devido conhecimento do teor da Lei que ela mesma invoca e aplica, bem como do seu alcance e de suas consequências, assegurando coerência e consistência jurídica dos atos administrativos.

Nessa esteira, a *ausência de razões negociais* como motivação para desconsideração de negócios plenamente lícitos, estigmatizando-os como *simulados* e *fraudulentos*, com a conseqüente exigência de tributos e aplicação da pena duplicada de 150%, não encontra nenhum respaldo na legislação nacional vigente, sendo prática fiscalizatória *importada* (ou melhor, *contrabandeada*) de outros sistemas jurídicos, estrangeiros, o que gera verdadeiro *descaminho* quando isoladamente utilizada como fundamento de Autos de Infração e imposição de multas pelas Autoridades do Poder Executivo, no seu mister.

Ora, é certo que a utilização de conceitos como a *materialidade econômica* das operações e a averiguação dos *propósitos negociais* na apuração dos fatos colhidos pela Fazenda Pública são ferramentas úteis e válidas para a investigação da presença ilícitos, defeitos, falsidades ou qualquer outra irregularidade efetivamente previstas em Lei (provando-se, ao final, a materialização de suas hipóteses de ocorrência), mas, simplesmente, desconsiderar operações e multar, pesadamente o contribuinte, mediante a conclusão que houve, finalisticamente, uma *economia tributária e ausente motivação empresarial*, não pode ser aceito ou tolerado.

Foi o que ocorreu no presente caso.

Data maxima venia, como tratado inicialmente nesse voto, simplesmente rotulou-se uma entidade de *empresa-veículo*, apontando para as suas características e o deslinde da sua trajetória e função na organização societária procedida, afirmando, conclusivamente, que sua criação e emprego na transação não possuiria *propósito negocial*, posto que poderia ter sido feita a operação de outra forma (mais onerosa, do ponto de vista fiscal finalístico) – glosando a dedução feita e *reprendendo* a Empresa com a pena de 150% deste valor.

Ora, repita-se, não existe qualquer ilegalidade aqui; ou mesmo nulidade ou, ainda, vício negocial que possa, minimamente, exprimir a prática de *simulação* ou *fraude* – e tampouco de *sonegação* ou *conluio*.

Por fim, diga-se que, inquestionável que, de um ponto de vista de gestão empresarial, tais *dispêndios* com ágio, dedutíveis por permissão legal expressa, têm muita relevância econômica, operacional e estratégica, na medida em que equilibram-se com os ganhos do investimento adquirido dentro de um determinado segmento econômico específico, onerados pela mesma jurisdição fiscal, e garantem uma tributação setorial e regional do Grupo Econômico mais equalizada, organizada e próxima da *capacidade contributiva* efetivamente revelada por cada um de seus investimentos.

Da mesma forma que o falecido Prof. Exmo. Min. Nelson Hungria, quando tratou de analisar a legislação penal, afirmou que *a lei não pode exigir que se leia pela cartilha dos covardes e pusilânimes*⁷, a Lei Tributária não pode obrigar e compelir os contribuintes e os gestores das entidades à ineficiência e à incompetência.

⁷ Comentários ao Código Penal, Vol. V, arts. 121 a 136, 5a ed., Rio de Janeiro : Forense, 1977, p.292/293.

Os administradores e gestores das empresas, além das obrigações com o Fisco, também devem observar seu compromisso e a sua responsabilidade de obtenção dos melhores resultados, igualmente decorrentes de Lei – nacional e internacional.

Natural que quando, observado que determinado investimento do Grupo Econômico dá margem a *dispêndio*, legalmente formado e dedutível das bases tributáveis, os seus gestores envidarão esforços para se valer tal prerrogativa, quando apresentadas oportunidades lícitas de assim o fazê-lo.

Lembre-se que a acusação procedida demandou interpretação e construção argumentativa da Autoridade Fiscal sobre os fatos e a sua requalificação, **não** se tratando de simples constatação de violação a proibição legal objetiva.

E registre-se que, no caso, a Contribuinte não deixou de trazer *propósitos empresariais* para o modo como estruturou a aquisição procedida, não havendo em se falar de silêncio sobre o assunto. Mesmo dentro do corolário forasteiro do *business purpose test*, não é lícito à Autoridade competente ponderar subjetivamente a eficácia ou a relevância dos motivos que levaram a uma decisão empresarial para, depois, rejeitá-los e defender a total *inexistência* dos mesmos.

Ainda que possa existir divergência entre Fisco e Contribuinte sobre os requisitos legais para a formação do dispendido e a dedução legítima de tal rubrica, a tal *embate jurídico*, hermenêutico não pode ser conferidas as mesmas consequências da *songação, fraude, conluio e simulação* – que demandam comprovação por meio de elementos tangíveis, materiais e certos, nos moldes dos institutos e conceitos devidamente previstos nas normas (domésticas, diga-se).

Assim, claramente aqui, não é devida a aplicação da multa de ofício qualificada, em monta duplicada, não merecendo reforma o v. Acórdão recorrido que reduziu a sanção para o patamar ordinário de 75%.

Diante do exposto, prestando novamente as devidas homenagens à I. Relatora, voto por negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella – Redator Designado

Declaração de Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella

A presente Declaração de Voto presta-se, exclusivamente, para esclarecer que se entende por conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional apenas pelo acatamento do *segundo* v. Aresto paradigma, rejeitando-se o *primeiro* apresentando.

Nesse sentido, o v. Acórdão n.º 9101-003.396 não fundamentou a manutenção da multa de ofício qualificada pela circunstância do emprego de *empresa-veículo* na estrutura de aquisição das participações societárias que deram margem ao ágio glosado, tratando nesse ponto da decisão e referindo-se apenas à conclusão de *artificialidade* desse dispêndio.

Sendo o *cerne* acusatório e da motivação da pena sob escrutínio nesse julgamento a adoção dessas *entidades intermediárias* nos procedimentos de aquisição de investimentos, tal r. *decisum* não exprime a aproximação fática e de premissa com o v. Acórdão recorrido para se estabelecer, satisfatoriamente, um dissídio jurisprudencial sobre a mesma temática jurídica.

Desse modo, apenas acata-se o v. Acórdão n.º 9101-003.533 como *paradigma* apto ao manejo do *Apelo* especial fazendário, conforme antes justificado no r. Despacho de Admissibilidade *a quo* e no voto da I. Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella