



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10855.724094/2011-70
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-005.872 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 11 de novembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado FÁBRICA DE PEÇAS ELÉTRICAS DELMAR LTDA

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. ADOÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ACUSAÇÃO DE FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. REAIS ADQUIRENTES ESTRANGEIROS. IMPROCEDÊNCIA DO FUNDAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA DE 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 *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 hipótese legal de *fraude*, conforme a devida conceituação de Direito Civil, e nem pode se amoldar à previsão do art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano e Luis Henrique Marotti Toselli que votaram pelo não conhecimento. 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. 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 9101-005.872 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 10855.724094/2011-70

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN (fls. 1495 e seguintes) em face do Acórdão n.º 1302-002.786 (fls. 1473 e seguintes), proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, por meio do qual foi dado parcial provimento ao recurso voluntário.

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

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

MULTA QUALIFICADA INOCORRÊNCIA DE ATOS FRAUDULENTOS, NA FORMA DOS ARTS. 71 E 71 DA LEI 4.502/64 OU SIMULADOS, TAL QUAL DEFINIDOS PELO CÓDIGO CIVIL

O erro de interpretação, pelo contribuinte, das disposições legais de regência, não pode ser tomado como ato doloso tendente à ocultação do fato gerador das exações; também não se pode conceber a ocorrência de simulação para os fins do art. 44 da Lei 9.430/96, a prática de atos com efeitos concretos às partes contratantes, ainda que o ágio observado nestas operações não possa ser deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.”

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 1302-001.508, dera provimento integral ao recurso voluntário do contribuinte, por entender ser *“dedutível a amortização de ágio decorrente da anterior aquisição de participação societária em negócio firmado entre partes independentes, em condições de mercado, baseado em expectativa de rentabilidade futura da investida e efetivamente pago à alienante do investimento”*.

Contudo, em sede de recurso especial fazendário, a CSRF proferiu o acórdão n.º 9101-002.470, que reformou aquela decisão, assentando que *“Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma ‘empresa-veículo’ com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a ‘confusão patrimonial’ advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço”*.

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 1302-002.786, ora recorrido, o qual desqualificou a penalidade, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Reproduz-se, a seguir, os excertos principais do voto condutor que analisam a questão controversa posta para análise no presente recurso especial:

“Destaque-se, desde logo, que a operação que resultou na lavratura dos autos de infração em testilha não é, nem de longe, tão complexa como inúmeras outras já analisadas por este colegiado... E, para sintetizá-la, e permitir aos meus pares a sua exata compreensão, peço licença para reproduzir trecho do voto do Conselheiro Rafael Vidal, proferido por ocasião da lavratura do acórdão de n.º 9101-002.470 da 1ª Turma da Câmara Superior deste CARF:

O ponto central do debate desenvolvido ao longo dos autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte FÁBRICA DE PEÇAS ELÉTRICAS DELMAR LTDA. (e condenado pela Fiscalização) de deduzir, nos anos-calendário de 2007 a 2009, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização do ágio registrado originalmente na contabilidade da adquirente HUBBELL DO BRASIL, por ocasião da aquisição de participação societária na autuada, com ágio (operação ocorrida em 07/07/2005).

Tal aquisição foi paga com recursos financeiros recebidos, pela HUBBELL DO BRASIL, de uma de suas controladoras estrangeiras, a WEPAWAUG CANADA CORP. Esta empresa, ao lado da HUBBELL LUXEMBOURG SARL, constituiu a HUBBELL DO BRASIL em 09/05/2005 e lhe transferiu, em 01/07/2005 (segundo a contribuinte), montante equivalente a R\$33.000.000,00 para fins específicos de aquisição das quotas da contribuinte DELMAR. Tal aquisição se deu com ágio de R\$22.840.069,60, inicialmente registrado na contabilidade da HUBBELL DO BRASIL.

Em 31/12/2005, foi promovida a incorporação da HUBBELL DO BRASIL (então controladora) pela contribuinte (então controlada), por meio de incorporação reversa. Assim, as quotas de participação societária da própria contribuinte foram introduzidas em sua contabilidade, juntamente com o ágio a elas associado.

Mais adiante, o Conselheiro Rafael, após discorrer sobre os requisitos legais para apropriação e amortização fiscal do ágio, deixou clara a sua conclusão sobre a operação. Veja-se:

[...]

Em linhas gerais sustentou-se a impossibilidade de gozo do "benefício" (não entendo ser essa a natureza da permissão constante do art. 386; uso tal expressão apenas para simplificar a redação do meu voto), apenas e tão somente porque a introdução de uma empresa temporária permitiria a verificação de efeitos fiscais ao grupo no Brasil.

Se é certo que não podemos, aqui, opinar sobre a dedutibilidade do ágio, já que definitivamente solucionada a lide neste ponto, é, igualmente certo, não se vislumbrar, aqui, a ocorrência de fraude, na acepção mais estrita dos artigos 71 e 72 da Lei .4.502 e do art. 167 do Código Civil.

Considerem, neste particular, os seguintes fatos apontados, inclusive, como incontroversos nos autos:

a) o fim declarado pelo grupo econômico para aquisição da recorrente é lícito, lícito; questiona-se, apenas, a forma com a qual se deu esta aquisição;

b) houve dispêndio efetivo de valores em espécie para a aquisição tratada neste feito e, não obstante não se identificar nestes autos tal fato, é inegável que a situação aqui descrita encerrou ganho de capital tributável (e, provavelmente, suportado pelo recorrente, já que isto não foi objeto de questionamento fiscal);

c) houve, efetivamente, a criação de uma empresa de passagem apenas para viabilizar a aquisição da Delmar; nada obstante, isto, *per se*, não é causa de identificação de simulação ou fraude, até mesmo porque, a própria orientação CPC 027, comumente invocada para invalidar o ágio surgido em operações realizadas intragrupos, franqueia o uso das chamadas "empresas-veículo" em operações de combinação de negócios;

d) também se observou ato de incorporação reversa que, nada obstante, é explicitamente autorizado pelo próprio art. 386, § 6, II, do RIR.

Vejam bem, o art. 167 do Código Civil, como já pude me manifestar em outros casos, adota critérios objetivos para a verificação da simulação; pelo preceito em questão, a simulação seria aquela em que se não observariam efeitos concretos entre as partes contratantes o que, no caso dos autos, *venia concessa*, não se observa.

O único fundamento, diga-se, para impor a qualificação da multa e, mais grave, lavar-se "termo de representação para fins penais" seria a intenção, exclusiva, do contribuinte de, quanto a esta última etapa da operação, observar efeitos fiscais favoráveis no Brasil. Não houve interposição de pessoas estranhas; não houve pagamentos ocultos (por baixo dos panos) às partes não envolvidas; não se pagou o ágio com dação ou permuta de cotas; não houve, objetivamente, ocultação do fato gerador...

Aplicou-se ao caso, tão só, a teoria da "occlusão fiscal" que, além das críticas que ela merece, não pressupõe, para a sua tipificação, a ocorrência de simulação, mas, apenas, a ausência de um intento adicional negocial.

Senhores, o simples fato de operações como a presente encerrar conclusões absoluta e diametralmente opostas dentre as turmas deste CARF seria suficiente para se identificar, no caso, quando muito, erro de interpretação legal e não a prática de conduta positiva dolosa e tendente à consecução, inclusive, de crime contra a ordem tributária (tratado pelos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90). Vejam que a própria decisão da Câmara Superior se deu **por maioria de votos**, restando evidente que a "dúvida", no mínimo, denota a alegada ausência de intento doloso de ocultar o fato gerador (nos termos do art. 72 da já mencionada Lei .4.502).

Por tais razões, voto por dar provimento ao recurso a fim de afastar a qualificação da multa de ofício."

No recurso especial, a Procuradoria suscitou divergência com relação à qualificação da penalidade, apresentando como paradigmas os acórdãos n.º 1301-001.220 e n.º 1101-000.899, dos quais transcreve-se parcialmente, a seguir, as respectivas ementas, com os destaques feitos pela recorrente:

Acórdão n.º 1301-001.220:

MULTA. QUALIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos retratados nos autos deixam foram de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA.

Se os elementos colacionados aos autos indicam que a despesa de ágio apropriada no resultado fiscal derivou de operações que, desprovidas de substância econômica e propósito negocial, objetivaram, tão-somente, a redução das bases de incidência das exações devidas, há de se restabelecê-las, promovendo-se a glosa dos referidos dispêndios.”

Acórdão n.º 1101-000.899:

“TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

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

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 “quando se constata a *artificialidade* das operações que geraram o ágio” pois “a qualificação é ínsita à própria infração imputada” (primeiro paradigma) e também quando “restou caracterizada a utilização de empresa veículo para a transferência de capital em incorporação reversa” (segundo paradigma), nos termos de diversos excertos daqueles acórdãos que transcreve no recurso.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 1510 e seguintes.

O contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 1537 e seguintes), defendendo preliminarmente a inadmissibilidade do recurso, em razão dos seguintes pontos, em síntese:

- A Fazenda Nacional, em seu recurso especial, pretende ver restabelecida a multa qualificada sob o argumento de que há nos autos a figura da fraude ou sonegação fiscal.

- Por intermédio do auto de infração, foi exigida multa qualificada no percentual de 150% sob o entendimento de que houve simulação. Em nenhum momento a autoridade administrativa faz menção à prática de fraude ou sonegação.
- A DRJ, ao analisar a matéria, também não mencionou, uma vez sequer, os termos fraude ou sonegação.
- Tampouco o acórdão proferido tratou da matéria sob tal perspectiva. O acórdão ora objeto de recurso analisou a matéria sob a perspectiva da simulação, na forma do art. 167, do Código Civil, concluindo inexistir tal simulação.
- O recurso especial, por sua vez, não trata de simulação, mas, sim, de sonegação e fraude. Os paradigmas apresentados pela Fazenda Nacional não enfrentam a matéria a partir do art. 167, do Código Civil, utilizado como fundamento legal pelo acórdão recorrido.

Com relação ao mérito, sustenta o contribuinte a ausência de fundamento legal ou de provas aptas à imputação de qualquer uma das práticas citadas (simulação, fraude, sonegação), o que por si só impede a reforma do acórdão *a quo*. O que houve no caso foi “*exclusivamente divergência quanto à interpretação da lei, no que tange à possibilidade ou não de utilização de empresa veículo para aproveitamento do ágio*”.

É o relatório.

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.

Neste aspecto, entendo que o primeiro paradigma apresentado pela recorrente (acórdão n.º 1301-001.220) não se presta à demonstração da divergência alegada. Isto porque aquele acórdão tratou do lançamento de IRPJ e CSLL em face de operação de “*ágio interno*”, assim considerado aquele no qual não há nenhum sacrifício econômico por parte do adquirente da participação societária, sendo gerado apenas por meio de uma sequência de operações ocorridas exclusivamente entre partes integrantes de um mesmo grupo econômico.

E os seguintes excertos do voto condutor daquela decisão evidenciam que são essas as circunstâncias que motivam a manutenção da multa qualificada, naquele caso, ao evidenciar a *artificialidade* da operação, *verbis* (destaquei):

“O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, **a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada pelo Grupo Econômico do qual faz parte, fez refletir no ativo de uma HOLDING constituída há pouco mais de vinte dias, os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma incorporação às avessas, efetivada em curto espaço de tempo e sem depender um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.**”

[...]

Relativamente à qualificação da multa, diversamente do esposado na decisão de primeiro grau, penso que ela deve ser mantida.

A autuação, no presente caso, fundou-se na constatação e comprovação de que a reestruturação elaborada pela fiscalizada visou, apenas, alcançar um benefício fiscal previsto em lei. Para tanto, em curtíssimo espaço de tempo, não obstante declinar formalmente razões de ordem societária ou econômica, constituiu uma HOLDING; transformou-se em subsidiária integral da HOLDING criada, vez que esta incorporou suas ações pelo valor de mercado; e, passo seguinte, fez desaparecer a HOLDING criada para, por meio de uma incorporação reversa, deduzir um suposto “ágio”, derivado de uma alegada rentabilidade futura dos seus ativos.

Diante dos fatos retratados, não me parece restar dúvida de que a fiscalizada agiu, intencionalmente (dolosamente), no sentido de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das suas condições pessoais, afetando, assim, as obrigações tributárias principais.

No caso vertente, a meu ver, a qualificação é ínsita à própria infração imputada, isto é, se existente essa, não há como deixar de admitir a exasperação da penalidade, vez que a irregularidade apontada encontra seu maior suporte no artificialismo da reorganização societária empreendida.

No caso recorrido, por sua vez, restou devidamente assentado nas decisões precedentes que “*houve dispêndio efetivo de valores em espécie para a aquisição tratada neste feito*” e que “*a operação que o originou*” (que originou o ágio) foi “*celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço*”.

Logo, os contextos fáticos em que foram proferidas as duas decisões se apresentam muito diversos entre si, inviabilizando que se estabeleça o dissídio jurisprudencial alegado.

Contudo, o segundo paradigma apresentado pela recorrente (acórdão n.º 1101-000.899) atende plenamente os requisitos regimentais.

Conforme já exposto no relatório ao norte, no caso recorrido ocorreu que a empresa WEPAWAUG CANADA CORP. e a HUBBELL LUXEMBOURG SARL constituíram a HUBBELL DO BRASIL em 09/05/2005, e lhe transferiram, em 01/07/2005, o montante

equivalente a R\$33.000.000,00 para fins específicos de aquisição das quotas da contribuinte DELMAR (contribuinte atuada), tendo tal aquisição ocorrido com ágio de R\$22.840.069,60, inicialmente registrado na contabilidade da HUBBELL DO BRASIL, e, posteriormente, na contabilidade da DELMAR, quando da incorporação reversa da HUBBELL DO BRASIL (controladora) pela DELMAR (controlada).

No caso paradigmático, os seguintes excertos do voto vencedor evidenciam, a um só tempo, a similitude fática com o caso dos autos, bem como a divergência jurisprudencial alegada, *verbis* (destaquei):

“[...] ao longo de todo seu arazoado, a autoridade lançadora destacou que a AVERDIN criou nas empresas veículo APENINA e MKV o patrimônio necessário para que estas adquirissem a LISTEL e nelas restasse registrado o ágio pago nesta operação. Nas palavras da Fiscalização, *em 01/06/1999 a AVERDIN detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da LISTEL.*

Assim, com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela atuada. A investidora original, AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

[...]

Observo, ainda, que **a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real.** E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, **os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate.** Nas palavras da Fiscalização, *a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos.*

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64. Assim, a multa qualificada deve subsistir.

Por estas razões, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.”

Conforme visto, os contextos fáticos são muito semelhantes entre si, e a conclusão final, em cada caso, mostrou-se diametralmente diversa.

Neste sentido, conheço do recurso especial interposto.

Noutro giro, não prosperam as razões alegadas pelo contribuinte em suas contrarrazões, ao pugnar pelo não conhecimento do recurso.

O fato de a acusação fiscal utilizar-se do termo *simulação* (sem fazer nenhuma menção ao art. 167 do Código Civil, vale ressaltar), ao passo que o acórdão recorrido buscou fundamento justamente na definição de simulação dada pelo Código Civil, para com isso assentar o entendimento de que *simulação não teria havido, no caso dos autos*, não possui relevância alguma para o fim de demonstração da divergência suscitada no recurso.

Uma vez configurada a divergência jurisprudencial, cabe à CSRF aplicar o direito aos fatos. O dispositivo suscitado pelo acórdão recorrido como fundamento legal para a sua análise de direito acerca do que seja simulação (art. 167 do Código Civil), conforme dito, sequer é mencionado pela acusação fiscal.

Confira-se, no seguinte excerto do relatório fiscal, o contexto em que o termo *simulação* é utilizado pelo fisco, *verbis*:

“Por tudo acima demonstrado, ficou evidenciada a prática de simulação com o propósito, no todo ou em parte, de evitar a ocorrência do fato gerador do IRPJ e, por consequência, da CSLL.

Foram utilizados diversos expedientes no conjunto do planejamento tributário efetuado, a saber: incorporação às avessas com economia de tributos na controlada, utilização de empresa veículo para transferência de ágio, manutenção da mesma estrutura do grupo econômico após as operações, prática de atos sequenciais encadeados em curto espaço de tempo.

Fica demonstrado que todas as etapas do projeto foram cuidadosamente planejadas, tendo sido constituída uma empresa veículo especificamente para permitir a criação e a transferência do ágio.

As pessoas envolvidas nas operações agiram com a intenção livre e consciente de se eximir da tributação, promovendo alterações contratuais apenas sob aspecto formal, sem qualquer propósito negocial.

Caracterizou-se, assim, a hipótese de qualificação da multa de ofício, disciplinada pelo artigo 44, inciso I, e parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14, da Lei nº 11.488/2007.”

Esta é a única menção ao vocábulo *simulação* na acusação fiscal, e, neste aspecto, resta suficientemente claro que o ato de *simular*, descrito pela fiscalização, em tudo se amolda a algo como “*construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*” (termos utilizados, por exemplo, pelo acórdão paradigmático, ainda que este não faça menção ao vocábulo *simulação*).

Ademais disto, assentou o fisco que a simulação em questão teve o “**propósito, no todo ou em parte, de evitar a ocorrência do fato gerador do IRPJ e, por consequência, da CSLL**”, e que é justamente esta “**intenção livre e consciente de se eximir da tributação**” que dá ensejo à aplicação da multa qualificada, tal qual “*disciplinada pelo artigo 44, inciso I, e parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14, da Lei nº 11.488/2007*”, dispositivo este o qual, consoante cedoço, preconiza a duplicação da penalidade justamente nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, *i.e.*, nos casos conceituados como *fraude, sonegação e conluio*.

Não é correta, portanto, a alegação do contribuinte de que a Fazenda Nacional estaria pretendendo, com o recurso especial, a reforma do acórdão recorrido por meio de “*fundamento novo*”, não utilizado nem pela autoridade fiscal lançadora, nem pelas decisões precedentes.

Ora, a “***intenção livre e consciente (...) de evitar a ocorrência do fato gerador***” a que faz menção a autoridade fiscal nada mais é do que o conceito de *fraude*, tal qual exposto no art. 72 da Lei nº 4.502/64 (“***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 impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento***”).

Cumprе enfatizar, ainda, que, a alegação trazida nas contrarrazões sobre o fato de a acusação fiscal utilizar-se do termo *simulação* (sem fazer nenhuma menção ao art. 167 do Código Civil, vale ressaltar), ao passo que o acórdão recorrido buscou fundamento justamente na definição de simulação dada pelo Código Civil, para com isso assentar o entendimento de que *simulação não teria havido, no caso dos autos*, não possui relevância alguma para o fim de demonstração da divergência suscitada no recurso.

Uma vez configurada a divergência jurisprudencial, cabe à CSRF aplicar o direito aos fatos. O dispositivo suscitado pelo acórdão recorrido como fundamento legal para a sua análise de direito acerca do que seja simulação (art. 167 do Código Civil), conforme dito, sequer é mencionado pela acusação fiscal.

Confira-se, no seguinte excerto do relatório fiscal, o contexto em que o termo *simulação* é utilizado pelo fisco, *verbis*:

“Por tudo acima demonstrado, ficou evidenciada a prática de simulação com o propósito, no todo ou em parte, de evitar a ocorrência do fato gerador do IRPJ e, por consequência, da CSLL.

Foram utilizados diversos expedientes no conjunto do planejamento tributário efetuado, a saber: incorporação às avessas com economia de tributos na controlada, utilização de empresa veículo para transferência de ágio, manutenção da mesma estrutura do grupo econômico após as operações, prática de atos sequenciais encadeados em curto espaço de tempo.

Fica demonstrado que todas as etapas do projeto foram cuidadosamente planejadas, tendo sido constituída uma empresa veículo especificamente para permitir a criação e a transferência do ágio.

As pessoas envolvidas nas operações agiram com a intenção livre e consciente de se eximir da tributação, promovendo alterações contratuais apenas sob aspecto formal, sem qualquer propósito negocial.

Caracterizou-se, assim, a hipótese de qualificação da multa de ofício, disciplinada pelo artigo 44, inciso I, e parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14, da Lei nº 11.488/2007.”

Esta é a única menção ao vocábulo *simulação* na acusação fiscal, e, neste aspecto, resta suficientemente claro que o ato de *simular*, descrito pela fiscalização, em tudo se amolda a algo como “*construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a*

amortização do ágio pago na aquisição de investimentos” (termos utilizados, por exemplo, pelo acórdão paradigmático, ainda que este não faça menção ao vocábulo *simulação*).

Ademais disto, assentou o fisco que a simulação em questão teve o **“propósito, no todo ou em parte, de evitar a ocorrência do fato gerador do IRPJ e, por consequência, da CSLL”**, e que é justamente esta **“intenção livre e consciente de se eximir da tributação”** que dá ensejo à aplicação da multa qualificada, tal qual *“disciplinada pelo artigo 44, inciso I, e parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14, da Lei nº 11.488/2007”*, dispositivo este o qual, consoante cedoço, preconiza a duplicação da penalidade justamente nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, *i.e.*, nos casos conceituados como *fraude, sonegação e conluio*.

Não é correta, portanto, a alegação do contribuinte de que a Fazenda Nacional estaria pretendendo, com o recurso especial, a reforma do acórdão recorrido por meio de *“fundamento novo”*, não utilizado nem pela autoridade fiscal lançadora, nem pelas decisões precedentes.

Ora, a **“intenção livre e consciente (...) de evitar a ocorrência do fato gerador”** a que faz menção a autoridade fiscal nada mais é do que o conceito de *fraude*, tal qual exposto no art. 72 da Lei nº 4.502/64 (**“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 impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento”**).

Por todo o exposto, tendo sido demonstrada a divergência jurisprudencial em face do acórdão nº 1101-000.899, conheço do recurso especial.

2. Mérito

Restei vencida no mérito.

Vale dizer que, para mim, a indedutibilidade do ágio, conforme visto, é matéria já superada nos presentes autos, desde a prolação do acórdão nº 9101-002.470, tendo em vista que não houve, no caso, a *“confusão patrimonial”* 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 HUBBELL DO BRASIL – *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 com o propósito, no todo ou em parte, de evitar a ocorrência do fato gerador”*, ou, noutros termos, a *“construção de um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos”*.

Foram praticados *diversos atos sequenciais, encadeados em curto espaço de tempo*. A HUBBELL DO BRASIL – *empresa-veículo* – foi criada exclusivamente para receber

o aporte de recursos da(s) investidora(s) original(is) e efetuar a aquisição, com ágio, da investida (DELMAR).

Conforme relatado ao norte, as reais investidoras WEPAWAUG CANADA CORP. e HUBBELL LUXEMBOURG SARL constituíram a HUBBELL DO BRASIL em 09/05/2005, e lhe transferiram, em 01/07/2005, o montante equivalente a R\$33.000.000,00 para fins específicos de aquisição — neste mesmo dia 01/07/2005 — das quotas da contribuinte DELMAR (contribuinte autuada), tendo tal aquisição ocorrido com ágio de R\$22.840.069,60.

Este ágio, inicialmente registrado na contabilidade da empresa-veículo, é o que passou a gerar despesas amortizáveis na contabilidade da investida DELMAR, quando da incorporação, por esta, de sua controladora (a própria empresa-veículo), ocorrida em **31/12/2005**.

Importante observar, portanto, tal qual o fez também a fiscalização, que não houve nenhuma alteração substancial na estrutura do grupo econômico em face da utilização da empresa-veículo, e isto se dá porque a investida (DELMAR) simplesmente migrou do controle indireto exercido pelas reais investidoras para o controle direto destas após a incorporação que deu ensejo à amortização do ágio em debate. Nas palavras da fiscalização, houve a **“manutenção da mesma estrutura do grupo econômico após as operações”**.

Daí o porquê de a fiscalização ter corretamente consignado que a constituição de uma empresa-veículo *“especificamente para permitir a criação e a transferência do ágio”* não possui nenhum *propósito negocial*, tampouco *substância econômica* que justificasse a sua existência, com o que aqui se concorda inteiramente.

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 WEPAWAUG CANADA CORP e HUBBELL LUXEMBOURG SARL adquiriram DELMAR, mas, menos de seis meses após, o ágio pago na aquisição começou a ser amortizado pela investida DELMAR, *apesar de não ter havido nenhuma incorporação entre elas*.

Esta *“mágica”*, que fez brotar uma amortização do ágio nessas condições, somente foi possível por meio da interposição da empresa veículo HUBBELL DO BRASIL nas operações societárias, de modo a criar a *ilusão* de que não teriam sido as duas reais investidoras antes mencionadas as adquirentes da investida DELMAR (ainda que sejam provenientes delas os recursos aportados e utilizados, na mesma data, na aquisição efetuada com ágio).

Em síntese e conclusão, o único propósito na criação desta empresa-veículo foi o de *tentar construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*, para com isto *dolosamente evitar, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador dos tributos lançados*, circunstâncias estas que caracterizam a **fraude**, tal como conceituada no art. 72 da Lei n.º 4.502/64.

A multa qualificada, portanto, 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 e fraudulento* aos olhos da Fazenda Nacional.

Conforme relatado, em suma, desconsiderando repetições e redundâncias, entende a Recorrente, textualmente, que *como exposto no Relatório Fiscal, a autoridade fiscal logrou demonstrar cabalmente o nítido intuito de fraude das operações manobradas pela contribuinte com a criação de empresa veículo e a falta de propósito negocial.*

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 fraudulenta comprovada, detalhadamente descrita no auto de infração e relatório fiscal, observada a partir da realização de operações artificiais, sem propósito negocial, e valendo-se de empresa-veículo, sem nenhuma atividade operacional, com o exclusivo escopo de antecipar os efeitos fiscais da amortização do ágio;* 2) *a conduta foi sempre resultado de sua vontade, livre e consciente, já que realizada de forma consciente e deliberada, objetivando modificar a característica essencial do fato gerador da obrigação tributária principal. Com efeito, o intuito de fraude do contribuinte resta evidente quando se vê que ele participou ativamente de operações artificiais e* 3) *como resultado de sua conduta dolosa, houve 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* “HUBBELL DO BRASIL SISTEMAS DE ENERGIA LTDA”, rotulada de *empresa-veículo*, na operação de aquisição da “FÁBRICA DE PEÇAS DELMAR LTDA” pelo Grupo Econômico internacional HUBBELL (*reais adquirentes* seriam “WEPAWAUG CANADA CORP.” e “HUBBELL LUXEMBOURG SARL”).

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.

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,

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

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 HUBBELL, é extremamente natural se organizarem e investirem por meio de tais figuras, principalmente em outros países, mesmo que aparentemente *desnecessário*.

Isso porque, nos contatos com um mercado estrangeiro, em razão de investimento por aquisição de negócios, é plenamente compreensível a escolha por não criar uma *nova* estrutura complexa, ou mesmo 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, na grande maioria das vezes, fazer o negócio *diretamente* (como muitas vezes *sugerido* pela Fiscalização e constante de r. *decisões* destes autos), através de companhias operacionais estrangeiras é uma opção descartada, na medida que aumentaria a complexidade e a burocracia de todas as transações envolvendo o investimento adquirido no Brasil, assim como estabeleceria uma comunicação direta de riscos desse novo negócio (ainda não consolidado e *testado*) com empresas de outros mercados, sujeitas a cotações valorativas, avaliações para investimento e auditorias, tanto públicas como privadas.

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 e manejar investimentos estrangeiros em setores da economia.

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 n.º 1301-001.505, proferido

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

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.

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 Societé 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 estrangeiros adentram e investem no país ou como participam do mercado brasileiro.

Uma vez aqui fixados, seja através de *holding*, filiais ou promovendo *joint-ventures*, deve ser dado o mesmo tratamento fiscal às empresas aqui constituídas e operantes, não podendo simplesmente desconsiderar suas personalidades com base em mera constatação de que seriam *desnecessárias* aos Grupos estrangeiros, para então apontar o investidor externo como *real sujeito* adquirente e titular dos ônus, direitos e obrigações dessas companhias (verdadeiramente brasileiras).

Se válida fosse a lógica empregada pela Fiscalização, entendendo que as *reais adquirentes* seriam as empresas estrangeiras “WEPAWAUG CANADA CORP.” e “HUBBELL LUXEMBOURG SARL” (canadense e luxemburguesa, respectivamente) pelo fato dessas entidades terem desembolsado valores previamente e para a ocasião da aquisição, através de capitalização societária da *holding* nacional, toda empresa sediada no Brasil que promoveu uma aquisição, a qual se valeu, anteriormente, de financiamento de controladora ou coligada estrangeira, não seria nunca titular de suas despesas, bastando apenas o Fisco regredir o bastante necessário no tempo, até encontrar o patrocínio estrangeiro.

Pertinente dizer que é necessária uma *desmistificação* da figura dos Grupos investidores estrangeiros 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 *poderia* o contribuinte ter realizado a operação de outra forma, fazendo a aquisição direta das participações societárias pela companhia estrangeira (de modo que o ágio não fosse registrado em empresa nacional, impossibilitando sua amortização), 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* existência e permanência da *holding* “HUBBELL DO BRASIL SISTEMAS DE ENERGIA LTDA” na estrutura societária até a incorporação (reversa)

e, conseqüente, *extinção*, tem-se que o art. 8³ da Lei nº 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 viabilizar a aquisição de 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 comercial*?

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 comercial* 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.

Também é necessário observar que, aqui, não se trata de um processo que versa sobre *lucros no exterior* de coligadas e controladas ou a alegações de *abuso de tratado*, que têm como fundamento maior a tributação sob *bases universais*, no qual o Legislador, ao derrubar as limitações da territorialidade nacional, permitiu buscar os *atos jurídicos tributários* ocorridos no exterior, praticados e percebidos por empresas estrangeiras.

Trata-se de uma glosa de ágio, percebida em operações ocorridas no Brasil, entre empresas brasileiras (sendo irrelevante o fato de suas titulares e controladoras serem empresas estrangeiras). Uma vez validamente constituída e operando dentro de seus propósitos, a companhia faz *jus* a todas suas prerrogativas – inclusive a titularidade de seus custos e receitas, alocadas na sua jurisdição tributária nacional.

Dentro desse contexto, importante lembrar que não cabe ao Fisco questionar as decisões gerenciais da sociedade, incluídas aqui as estruturas adotadas para promover seus

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.

negócios e as vias negociais eleitas, naturalmente, sempre visando o melhor resultado empresarial, com o menor dispêndio possível.

Importante, agora, tratar sobre a legitimidade e validade do fundamento fiscal de ausência de propósito negocial, que teria implicado em 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 a presença de *nítido intuito de fraude das operações manobradas pela contribuinte com a criação de empresa veículo e a falta de propósito negocial* – 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* “HUBBELL DO BRASIL SISTEMAS DE ENERGIA 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 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 nº 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 tal assertiva, 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: 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 negocial* seja, atualmente, um ilícito, tal manobra, não evidencia a fraude ou seu intuito, carecendo nesse apontamento – pelo menos – dos elementos da má-fé e do artifício arditoso, propositalmente enganoso.

Nenhuma hipótese legal de *fraude* - ou de seu intuito - 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.

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.

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 *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) – glosando a dedução feita e *repreendendo* 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 *fraude* – e tampouco de *songação*, *conluio* e *simulação*.

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 da mesma jurisdição, e garantem uma tributação regional do Grupo Econômico mais próxima de sua *capacidade contributiva*, efetivamente revelada.

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.

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.

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

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 dos dispendido e a dedução legítima de tal rubrica, a tal *embate jurídico*, hermenêutico, não pode ser conferido as mesmas consequências da *sonegação, 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