



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10380.739132/2021-94
ACÓRDÃO	1102-001.755 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	21 de outubro de 2025
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	SM EMPREENDIMENTOS FARMACEUTICOS LTDA FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, constituída sem finalidade negocial, em cujo patrimônio constava registro de ágio em decorrência de participação na incorporadora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TESE DO “REAL ADQUIRENTE” COM USO DE “EMPRESA VEÍCULO”. SIMULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. DEDUTIBILIDADE.

A tese do “real adquirente”, com uso de “empresa veículo” na estruturação do negócio realizado, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, fraude ou conluio. No presente caso, em sentido oposto à pretensão fiscal, a contribuinte demonstrou que não apenas existiam outros propósitos negociais na criação da empresa-veículo, além da questão meramente fiscal, como também que se tivesse estruturado o negócio sem a criação da nova empresa o resultado fiscal que seria obtido seria o mesmo.

ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS. EFETIVA EXISTÊNCIA DA ADQUIRENTE. EMPRESA VEÍCULO. IMPOSSIBILIDADE.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, estabelece três condições para amortização do ágio fiscal: (i) absorção do patrimônio em razão de evento societário; (ii) participação societária adquirida e (iii) ágio com fundamento

em rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

Mesmo uma holding pura requer um mínimo de elementos materiais que a caracterizem como sociedade empresária, para além de um registro na Junta Comercial e um número no CNPJ. Não há a geração de ágio na situação em que, no momento da aquisição, a holding dita adquirente era apenas existente no âmbito formal, mas materialmente quase vazia.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELUSÃO. REDUÇÃO.

Para aplicação da multa qualificada de 150% exige-se conduta caracterizada por sonegação ou fraude, a qual exige a presença de elemento adicional que a qualifique como evidente intuito de fraudar o Fisco. Tal conduta deve ser provada, e não presumida, por meio de elementos caracterizadores como documentos inidôneos, interposição de pessoas, declarações falsas, dentre outros. Além disso, a conduta deve estar descrita no Termo de Verificação Fiscal ou auto de infração, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa.

No caso de planejamento tributário, a partir do conceito amplo de elusão, situação em que o contribuinte busca evitar ou reduzir a incidência tributária mediante interpretação equivocada da norma, que o conduz a formalizações distorcidas; porém desprovida do intuito de fraude - típico da simulação-evasão -, porquanto o contribuinte atendeu a todas as solicitações do Fisco, observou a legislação societária, com divulgação e registro nos órgãos públicos competentes; enfim, houve regularidade formal e transparência perante o Fisco, não se vislumbra o dolo necessário à qualificação da multa. Nesse sentido, em razão de não restar configurado o intuito fraudulento na conduta praticada afasta-se a qualificação da multa, reduzindo-a para 75%.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento. (Súmula CARF nº 108)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Cristiane Pires McNaughton e Gustavo Schneider Fossati, que lhe davam provimento.

Sala de Sessões, em 21 de outubro de 2025.

Assinado Digitalmente

Roney Sandro Freire Corrêa – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, Cristiane Pires Mcnaughton, Roney Sandro Freire Corrêa, Gustavo Schneider Fossati, Gabriel Campelo de Carvalho, Fernando Beltcher da Silva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário em face da decisão da 1ª Turma/DRJ05, que entendeu, respectivamente, pela exoneração de parte da multa de ofício e a manutenção integral dos valores de principal dos créditos tributários de IRPJ e CSLL, afastando a qualificação da multa de ofício.

Do Processo Administrativo nº 10380-739132/2021-94 (“Auto de Infração”), tem-se que a glosa de despesas de amortização fiscal de ágio foram deduzidas pela **SM Empreendimentos Farmacêuticos Ltda.**, doravante (“SM”) nos períodos de 2016 e 2017. Posteriormente, foi lavrado auto de infração complementar (“Auto de Infração Complementar”) trazendo reparos no tocante aos valores cobrados a título de IRPJ, de modo que não foram considerados os valores de IRPJ correspondentes a 2016 na soma do valor total do suposto débito.

Em apertada síntese, a acusação fiscal enfatiza que toda a reestruturação societária implementada pelo Grupo Fagron não passou de mero planejamento tributário com o fim único de possibilitar a erosão da base tributável do IRPJ e da CSLL por meio da dedução das despesas de amortização do ágio, desconsiderando a legalidade de todas as operações societárias envolvidas, incorrendo também na multa de ofício de 150%, in verbis:

A aplicação da multa de ofício qualificada no percentual de 150% se dá em razão de a fiscalizada ter participado de operação simulada, já fartamente demonstrada ao longo do presente relatório, envolvendo a investidora holandesa DE

COLLEGIALE BEREIDING B.V (posteriormente denominada FAGRON BRAZIL HOLDING B.V) e a FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, com o único propósito de reduzir o pagamento do IRPJ/CSLL, mediante amortização fiscal indevida de ágio por expectativa de rentabilidade futura após a incorporação da FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA pela fiscalizada SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA.

No procedimento fiscal, em que pesem os fatos abarcarem os anos-calendário (AC) 2016 e 2017, a acusação fiscal adotou elementos que se encontram no Processo Administrativo Fiscal (PAF) nº 16561.720028/2018-89, visto o reflexo no saldo de prejuízo negativo apurado pela contribuinte em sua ECF.

Do TVF, assim se extrai:

11 EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA participou da reorganização societária, e a partir de 01/2013 e até 12/2017 procedeu à AMORTIZAÇÃO FISCAL DOS ÁGIOS POR EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA originados nas aquisições das investidas brasileiras pela FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, caracterizada como empresa veículo.

12 Que resultou configurado PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO, dado pela amortização fiscal do ágio pago na aquisição de empresas brasileiras, envolvendo pessoa jurídica caracterizada como EMPRESA VEÍCULO (FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA), e investidoras estrangeiras, empresas holandesas DE COLLEGIALE BEREIDING B.V. (posteriormente denominada FAGRON BRAZIL HOLDING B.V) e FAGRON GROUP B.V.

13 Aduz que a FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, uma holding de instituição não financeira, foi constituída com capital estrangeiro exclusivamente para servir de EMPRESA VEÍCULO nas aquisições, com ágio justificado por expectativa de rentabilidade futura, do capital social das empresas brasileiras DEG IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (atual SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA), PHARMA NOSTRA COMERCIAL LTDA e VIA FARMA IMPORTADORA LTDA.

14 Expõe que, para o período fiscalizado, restou configurada a existência de planejamento tributário abusivo, uma vez que, na apuração do lucro real da fiscalizada (SM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA), ocorreu aproveitamento fiscal das contrapartidas das amortizações dos ágios contabilizados nas aquisições supramencionadas (DEG/SM, PHARMA e VIA FARMA) pela FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, após evento de incorporação (às avessas) pela fiscalizada, aproveitamento que de outro modo não teria ocorrido.

15 Destaca a presença dos mesmos sócios estrangeiros no início e ao final da reorganização societária que gerou o aproveitamento fiscal dos ágios glosados...

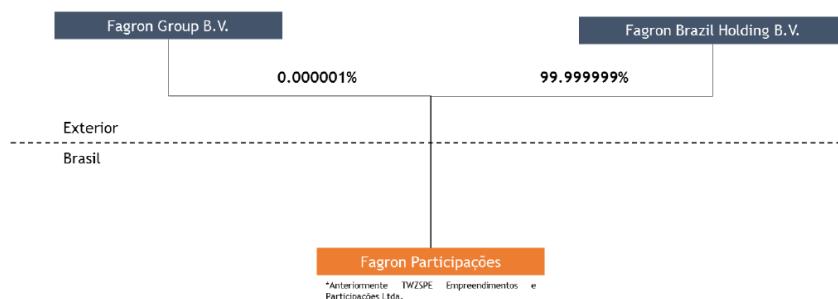
Na sequência, a fiscalização apontou que a recorrente incorreu na simulação, alegando a interposição da FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, uma holding de instituição não financeira, com o objetivo de propiciar a amortização fiscal do ágio pago pela real investidora holandesa DE COLLEGIALE BEREIDING B.V na aquisição do capital social das investidas brasileiras DEG IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (atual **SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA**), PHARMA NOSTRA COMERCIAL LTDA e VIA FARMA IMPORTADORA LTDA.

A DRJ entendeu por afastar, apenas a qualificação da multa de ofício, aplicada no percentual de 150% e que se reduziu ao patamar regular de 75%, juntamente com os acréscimos legais, nos termos do relatório.

Em sede de recurso voluntário, a recorrente explicita o momento de surgimento do ágio e na sequência, combate a utilização de empresa veículo, a qual teria sido estruturada artificialmente, sem propósito negocial ou econômico, senão a de economia fiscal; a configuração de abuso de direito; e a inexistência de confusão patrimonial como resultado da incorporação entre investida e investidora que efetivamente arcou com os custos da operação.

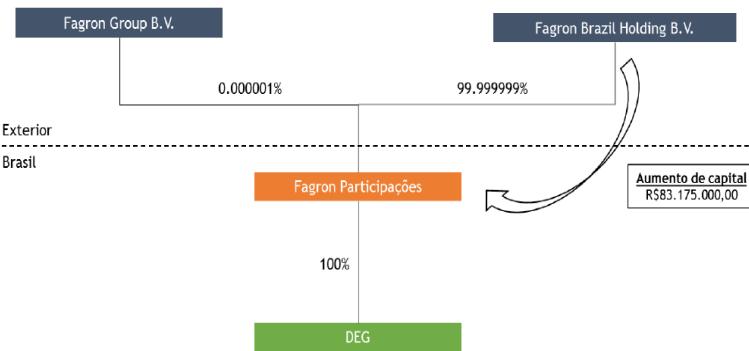
Inaugura a defesa, portanto, considerando que em 08 de dezembro de 2010, a Collegiate Bereiding BV, atual Fagron Brazil Holding BV (“Fagron Holding”) e a Fagron Group BV adquiriram o controle da TWZSPE Empreendimentos e Participações Ltda. (“TWZSPE”) – respectivamente com 98% e 2% das quotas. Na sequência, o nome da TWZSPE foi alterado para Fagron Empreendimentos e Participações Ltda.

08/12/2010 - Entrada do Grupo Fagron no Brasil (Fagron Empreendimentos)



Após a capitalização da Fagron Participações pela Fagron Holding, a Fagron Participações adquiriu o controle da SM, passando a ser sua controladora integral.

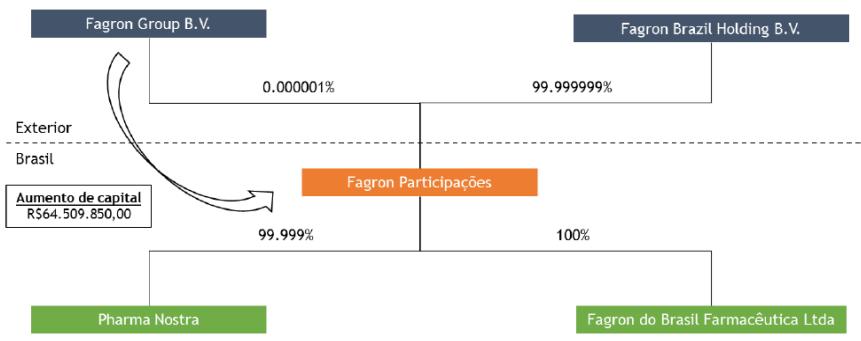
14/12/2010 a 27/12/2010 - Aquisição de investimento na DEG



Em 05 de julho de 2011, aproximadamente 6 meses após a aquisição da DEG, a Fagron Participações iniciou processo de aquisição da Pharma Nostra, quando foi deliberado pelas suas sócias, de forma unânime, a realização do investimento.

Quase dois meses após a deliberação, a Fagron Holding integralizou novo aumento de capital da Fagron Participações a serem utilizados na operação. A concretização da operação e o pagamento do preço ocorreram somente 5 meses depois, ou seja, em 12 de março de 2012. A partir de então, a Fagron Participações passou a ser controladora direta da Pharma Nostra e da SM, registrando ágios relativos às aquisições de R\$118.740.456,48 e R\$68.369.463,11, respectivamente:

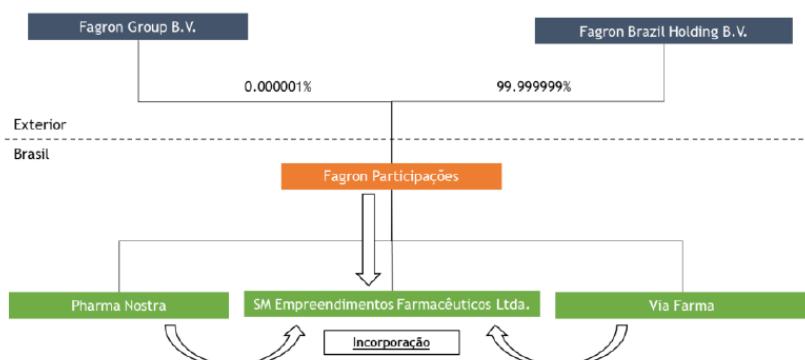
05/07/2011 a 12/03/2012 - Aquisição de investimento na Pharma Nostra



Em maio de 2012, a Fagron Participações realizou a aquisição das quotas da Via Farma Importadora Ltda. (“Via Farma”) pelo valor total de R\$4.087.918,50:

05/2012 - Aquisição de investimento na Via Farma

Em 27 de julho de 2012, foi aprovada pelo Grupo Fagron a incorporação de Via Farma, Fagron Participações e Pharma Nostra pela SM, integrando todo o investimento no Brasil em uma única sociedade, qual seja:

A partir de 10/2012 - Incorporação de Via Farma, Fagron Empreendimentos e Pharma Nostra

A partir de janeiro de 2013, a SM passou a amortizar os ágios em cinco anos, tendo sido totalmente amortizado em dezembro de 2017. Alega a recorrente que todos os atos societários e negociais, seja de constituição da Fagron Participações, seja da compra e venda de participações societárias de SM, Via Farma e Pharma Nostra foram legítimos e tiveram a publicidade exigida pelos ditames legais. Ademais, alega a recorrente que todos foram legalmente praticados pela Fagron Participações, empresa constituída no Brasil pelo Grupo Fagron com a intenção de entrada e desenvolvimento dos negócios do grupo no mercado brasileiro.

Demonstra a entrada do grupo Fagron no mercado brasileiro no ano de 2010 com as empresas estrangeiras Collegiate Bereiding BV, atual Fagron Brazil Holding BV (“Fagron Holding”) e a Fagron Group BV, que adquiriu o controle da TWZSPE Empreendimentos e Participações Ltda. (“TWZSPE”) – respectivamente em 98% e 2% das quotas.

Justifica que a capitalização da Fagron Participações pela Fagron Holding se deu para possibilitar o desenvolvimento de suas atividades enquanto holding e, que em seguida, a Fagron Participações adquiriu o controle da impugnante (à época denominada DEG), passando a ser sua controladora integral.

Esclarece ainda, que 6 meses após a aquisição da DEG, a Fagron Participações iniciou processo de aquisição da Pharma Nostra. Que a concretização da operação e o pagamento

do preço ocorreram em 12 de março de 2012. A partir de então, a Fagron Participações passou a ser controladora direta da Pharma Nostra e da SM, registrando ágios relativos às aquisições de R\$118.740.456,48 e R\$68.369.463,11, respectivamente.

Em maio de 2012, a Fagron Participações realizou a aquisição das quotas da Via Farma Importadora Ltda. (“Via Farma”) pelo valor total de R\$4.087.918,50.

Em 27 de julho de 2012, em busca de melhorias na sinergia operacional e na estrutura societária do grupo como um todo, foi aprovada pelo Grupo Fagron a incorporação de Via Farma, Fagron Participações e Pharma Nostra pela SM, integrando todo o investimento no Brasil em uma única sociedade.

Defende que a reorganização societária acima descrita era permitida pela legislação fiscal vigente à época e que, a partir de janeiro de 2013, a SM passou a amortizar os ágios em cinco anos e em sessenta parcelas, tendo sido o ágio totalmente amortizado em dezembro de 2017.

Irresignada, afirma que a estrutura utilizada para a aquisição pelo Grupo Fagron é relativamente simples e comumente utilizada no mercado brasileiro quando da realização de investimentos no País por empresas não residentes.

Reforça que todos os atos societários e negociais, seja de constituição da Fagron Participações, seja da compra e venda de participações societárias de SM, Via Farma e Pharma Nostra, foram legítimos e tiveram a publicidade exigida pelos ditames legais.

Contrapõe o fato de que a Fagron Participações teria atuado como mera “empresa veículo” dos investidores estrangeiros para aquisição da Via Farma, Pharma Nostra e SM, possibilitando assim o aproveitamento do ágio no Brasil, com o único intuito de economizar tributos. Que não há dúvida sobre a existência, mensuração, justificação ou a validade do ágio amortizado pela Impugnante.

Entende que a desconsideração da estrutura societária e de negócios jurídicos notoriamente legítimos, com a consequente glosa dos ágios retromencionados, ocorreu sem qualquer embasamento legal, requerendo, assim, a anulação integral da autuação.

Quanto a existência de abuso de direito, a Recorrente indica a legislação que lhe daria o direito à dedução das despesas de amortização de ágio, informando os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e arts. 385 e 386 do Decreto nº 3.000/99 do RIR/99, vigente à época dos fatos, por ter cumprido as condições legais em vigor quando das operações societárias implementadas pelo Grupo Fagron no Brasil, sendo observadas nas três incorporações implementadas, a saber:

(i) A aquisição de investimento com ágio apurado nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/773e avaliado conforme o método da equivalência patrimonial, nos termos do art. 248 da Lei nº 6.404/764;

(ii) A fundamentação econômica do ágio pago quando da aquisição da participação ser a expectativa de rentabilidade futura da investida com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e

(iii) A implementação de evento de reorganização societária que resulte em incorporação, fusão ou cisão envolvendo a investidora e a investida.

Na sequência, apresenta um quadro demonstrativo, em síntese, com as três aquisições de investimentos, a forma que se deram os pagamentos com ágio avaliado conforme o método da equivalência patrimonial, sendo o ágio da SM, Pharma Nostra e Via Pharma, respectivamente de R\$ 68.369.463, R\$ 118.740.456,48 e R\$ 864.573,90. Todos foram fundamentados na expectativa de rentabilidade futura, comprovado em laudo elaborado por empresa especializada, ocorrendo o evento de incorporação envolvendo investidora e investida, dado que a SM incorporou: a Fagron Participações em 27/12/2012, a Pharma Nostra em 27/12/2012 e a Via Farma em 08/10/2012.

Destaca ainda, que a fundamentação econômica apresentada para os 3 investimentos, assim como os laudos, não foram objetos de questionamentos no Auto de Infração.

Assim, apresenta quadro demonstrativo que indica que os investimentos da Fragon Participações nas investidas SM, Pharma Nostra e Via Pharma se deram com efetivo pagamento aos acionistas do custo total de aquisição, inclusive o ágio, demonstrando existência de sacrifício patrimonial; sendo realizadas operações originais entre partes não ligadas, afirmado inexistência de qualquer vínculo societário entre o Grupo Fagron e os antigos acionistas da DEG (atualmente SM), da Pharma Nostra e da Via Farma, sendo demonstrada a fundamentação econômica do ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura por laudo elaborado por empresa especializada.

Nesta mesma direção, afirma que a reestruturação societária cumpriu com todos os requisitos estabelecidos pela legislação e pela jurisprudência administrativa, sendo prova disso o fato de não haver qualquer questionamento pela Fiscalização.

Entende que a autoridade lançadora não traz qualquer outra alegação para negar à SM a faculdade de amortizar o ágio, além da questão apontada de existência de simulação da estrutura envolvendo a Fragon Participações.

Apresenta sua discordância da Fragon Participações como empresa veículo, por entender que o Fisco procurou descharacterizar a operação, sustentando que a utilização dessa para a efetivação do investimento pode ter sido realizada abusivamente ou como negócio indireto visando unicamente economia tributária.

Continua suscitando a falta de argumentação jurídica válida, quando a fiscalização diz que a Fagron Participações teria carecido de “finalidade empresarial”, afirmado que nem todas as empresas devem, necessariamente, estarem voltadas para a produção ou circulação de bens ou serviços, pois algumas tem como função precípua a de aquisição, manutenção e consolidação de investimentos, como é o caso das holdings.

Explica que a aquisição da SM, da Via Farma e da Pharma Nostra por meio de um veículo de investimento foi uma decisão negocial legitimamente tomada pelo Grupo Fagron.

Permanece afirmando que, de boa-fé, cumpriu todos os requisitos da lei para atingir o regime de amortização fiscal do ágio, que as glosas dos ágios em comento, baseadas em alegada utilização de “empresa veículo” e ausência do propósito negocial não devem prosperar e passa a combater à confusão patrimonial entre adquirente e adquirida, conforme ressalta o próprio TVF:

Tem-se assim que as amortizações e exclusões nos livros contábeis e fiscais estão de acordo com o valor de ágio apurado, mas em desconformidade com os requisitos exigidos pela legislação tributária, sobretudo pela impossibilidade de confusão patrimonial entre as investidoras de fato (empresas estrangeiras) e as investidas brasileiras. Como os negócios jurídicos se deram materialmente entre a investidora holandesa DE COLLEGIALE BEREIDING B.V. e as investidas brasileiras DEG IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (atual SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA), PHARMA NOSTRA COMERCIAL LTDA e VIA FARMA IMPORTADORA LTDA, o ágio deveria ter sido registrado na contabilidade da investidora estrangeira e amortizado, se fosse o caso, nos termos da legislação vigente no país da investidora.

Dito de outra forma, a legislação tributária somente autoriza a amortização fiscal do ágio pago na aquisição de uma participação societária com fundamento na expectativa de rentabilidade futura se a aquisição da participação societária e o subsequente evento especial de incorporação, fusão ou cisão se derem entre o real investidor e a real investida, ou vice-versa. Isso, sem levar em conta que a confusão patrimonial, consoante já demonstrado, ocorreu no universo de bens pertencentes à SM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., não na Fagron Empreendimentos nem em qualquer das investidas Pharma Nostra e Via Farma.

Afirma ainda, que a legislação tributária em vigor, à época dos fatos, em momento algum faz qualquer espécie de menção a requisitos atinentes à necessidade de “confusão patrimonial”.

E nessa esteira argumentativa defende que tal teoria não passa de um esforço interpretativo completamente carente de fundamentação legal, ferindo o princípio da legalidade, que, se adotada, seria capaz de invalidar o ágio registrado em absolutamente qualquer estrutura societária que envolva a aquisição de investimentos em empresas brasileiras por investidores brasileiros mediante a constituição de uma pessoa jurídica no Brasil.

Adiante, a recorrente apresenta definições legais de simulação, fraude e abuso, assim como doutrina acerca do Fisco poder desconsiderar atos ilícitos, do ponto de vista civil, como forma de buscar os fatos efetivamente ocorridos e aplicar a correta tributação.

Trazendo a abordagem legal e doutrinária para o contexto do caso concreto, dispõe que não há qualquer prática que possa ser caracterizada como simulada, fraudulenta ou abusiva,

justificando que a criação e atuação da holding ocorreu nos termos das regras societárias, foi capitalizada, conforme as regras cambiais e realizou aquisições.

Por fim, a título subsidiário, a Recorrente alega que jamais o valor da multa imposta poderia ser atualizada pela taxa Selic.

Assim, a recorrente requer que o recurso seja conhecido e, no mérito, integralmente provido, de forma a promover o cancelamento integral dos autos de infração.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Roney Sandro Freire Corrêa, Relator.

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos, determinados pelo Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

Conforme consta da tela extraída da Caixa Postal do Domicílio Tributário Eletrônico, a intimação foi enviada ao contribuinte no dia **05.01.2023**.

Desta forma, é tempestivo o presente Recurso Voluntário protocolado em **03.02.2023**, já que o prazo legal de 30 dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235/72 se encerra em **04.02.2023**.

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE OFÍCIO

O Recurso de Ofício deveu-se à exoneração de parte da multa de ofício, nos termos da Portaria MF nº 02/2023, que fixou o valor total superior em R\$15.000.000,00 (principal + multa de ofício).

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

Considerando, portanto, o atual limite, o recurso de ofício não pode ser conhecido, nos termos do que consta na Súmula nº 103 deste Conselho:

Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso de ofício.

MÉRITO

O contexto histórico da figura da dedução “fiscal” de eventual “ágio”, suportado em investimento promovido por uma empresa residente em outra, na forma de aquisição de controle ou de participação societária surgiu através de lei editada pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, em meio à adoção de um conjunto de medidas de incentivos às privatizações, num cenário em que se destacava uma clara intenção do mandatário em reduzir a participação empresarial do Estado na economia, transferindo-a ao setor privado.

Nesse contexto, intentava-se incentivar a participação de empresas em capital de outras, incrementando fusões e aquisições de negócios, de forma a tornar atrativa a participação do capital privado no programa desestatizante em curso.

Foi nesta atmosfera - do chamado Programa Nacional de Desestatização (PND) - que se deu a edição da Lei 9.532/1997; cujo artigo 7º (regulamentado na redação dos artigos 385, 386, 387 e 391 do Decreto nº 3000, de 26/03/99) passou a admitir “efeitos fiscais” sobre determinado “ágio” segregado na escrita comercial, na porção máxima de 1/60 do seu valor amortizável, para cada mês integrante do período de apuração fiscal. Porém, para fazer jus a tal dedução, o texto de lei trouxe condições elencadas, dentre as quais está a ocorrência de incorporação societária, em momento superveniente ao investimento feito com eventual ágio.

Ou seja, a dedução fiscal de ágio amortizável se deflagraria quando a empresa (investidora “residente”) incorporasse o patrimônio de outra empresa, na qual já detivesse participação acionária adquirida com ágio, sob o fundamento econômico de rentabilidade futura – tudo isso, devidamente demonstrado, mediante documentação pertinente, arquivada em suporte à escrituração.

Até então, o ágio propriamente dito se consistia apenas em “desdobramento do custo de aquisição” dentre os critérios de avaliação de investimentos introduzidos pelo DL 1598/77 (artigo 20) – instrumento legal, este, que havia sido baixado para, dentre outros, dosar os efeitos tributários decorrentes dos novos procedimentos contábeis (então) recém introduzidos por meio da Lei 6.404/76; esta, tida como “lei das S/A” (ou “LSA”).

De tal forma, o referido DL não somente funcionou como “antídoto fiscal”, prevenindo ou dosando repercuções tributárias decorrentes dos novos procedimentos introduzidos pela LSA; como veio acrescentar a tal lei o conceito contábil do ágio e seus efeitos no patrimônio das entidades - dado que, na legislação comercial, o ágio era uma figura obscura até então. Nisso, foi que o DL (em seus artigos 20 e 23) trouxe as definições, restrições e tratamento contábil do “ágio”; junto à neutralidade fiscal dos seus efeitos, quando do registro da aquisição e/ou avaliação dos investimentos, conforme se lê no excerto abaixo transscrito:

DECRETO-LEI Nº 1.598, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977.**Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido Desdobramento do Custo de Aquisição**

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

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

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

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

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

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

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

(...)

Avaliação do Investimento no Balanço

Art. 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

(...)

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Ajuste do Valor do Investimento e Dividendos

Art. 22 - O valor do investimento na data do balanço (art. 20, I), depois de registrada a correção monetária do exercício (art. 39), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento.

Contrapartida do Ajuste no Valor do Investimento

Art. 23 - A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

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

Amortização do Ágio ou Deságio

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)

Nota-se que a referida norma (DL 1.598/77), ao tempo em que definia o “ágio” como sendo a diferença (positiva) entre o custo de aquisição do investimento e o seu valor correspondente registrado na contabilidade da pessoa jurídica investida - este, tido como “valor de livro” do ativo investido - exigia sua escrituração em subcontas distintas, de forma a ver destacada a parcela correspondente ao patrimônio líquido da investida e o valor adicional (“ágio”), eventualmente suportado na aquisição do investimento.

O mesmo texto determinava ainda que o registro do ágio na escrita da empresa (“investidora”) que o tivesse suportado deveria indicar o respectivo fundamento econômico motivador, dentre os seguintes: a) valor de mercado, b) expectativa de rentabilidade futura, e c) fundo de comércio/intangíveis, e demais razões econômicas.

Como também definia que a empresa investidora, no tocante aos dois fundamentos econômicos iniciais, deveria manter “demonstração” arquivada, como forma de comprovação e justificação do respectivo lançamento.

Assim, em complementação à lei que regia a escrita comercial e/ou societária (Lei 6.404/76), o artigo 20 do referido DL trazia a metodologia e critérios a serem observados pelas empresas residentes, quanto à “avaliação de investimentos” em outras empresas “locais” - no que se incluía o tratamento contábil (e fiscal) a ser dado a eventual ágio suportado na operação de investimento.

Em demais artigos do mesmo Diploma - notadamente os artigos 22, 23 e 25; sendo este último introduzido por decreto subsequente (DL 1.730/79) - havia clara menção de que tanto

as contrapartidas (na contabilidade da “investidora”) por aumento ou redução do investimento avaliado pelo método de “equivalência patrimonial”, quanto as decorrentes da amortização contábil do “ágio” segregado, não deveriam ser computadas na determinação do lucro real.

Ou seja, embora se aceitasse, na escrita comercial/societária, o registro de despesas a título da amortização periódica do ágio segregado, tal norma tributária impedia, em regra, que a dedução impactasse a apuração da base de cálculo do IRPJ – exigindo, pois, a sua neutralização, mediante a “adição” do valor correspondente no cômputo do resultado fiscal.

De tal maneira, somente se permitia “impacto fiscal” do ágio amortizado quando da “realização do investimento”, na forma de alienação ou sua baixa. Isso demandava, portanto, o controle dos valores amortizados (gradual e periodicamente) no denominado “Livro de Apuração do Lucro Real” (ou livro LALUR, na sequência e-LALUR), de forma a permitir que o montante amortizado no tempo pudesse ser levado em consideração na apuração de eventual “ganho de capital”, quando da alienação do “investimento”.

Conforme antecipado, a tal “neutralidade fiscal” do ágio, perdurou até o ano de 1997, quando o governo federal resolveu estimular o setor privado a adquirir participações societárias em empresas “estatais” – notadamente, com preço superior ao valor patrimonial nelas contabilizado. Para tanto, estabeleceu-se que, nas situações em que determinada empresa (residente) incorporasse outra (igualmente residente) - na qual tivesse investimento feito com custo superior (“ágio”) ao valor representativo sobre o patrimônio líquido da investida - o valor amortizável do ágio segregado na escrita (da investidora) poderia ser deduzido fiscalmente à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Sendo que tal dedução fiscal deveria ser computada nos balanços subsequentes ao evento de incorporação/cisão/fusão societária. Ou seja, nos períodos de apuração de lucro real seguintes à ocorrência do “elemento deflagrador” de sua “amortização fiscal”, tendo, como valor base dedutível, o estoque/saldo “amortizável” do ágio segregado contabilmente na operação, conforme veremos adiante.

Assim, sob a redação original da Lei 9.532/97, concebeu-se a “amortização fiscal do ágio”, cuja contrapartida (“despesa”) passou a ser aceita como valor “dedutível” na apuração do resultado tributável da empresa, desde que observadas determinadas condições e/ou requisitos legais.

Isso é o que se depreende na leitura do texto legal a seguir reproduzido, com as modificações sofridas ao longo do tempo, dentre as quais está a alteração promovida pela Lei 9.718/98, na redação dada pelo “inciso III do artigo 7º da Lei 9.532/97”, logo no ano seguinte à edição daquele diploma inicial.

Artigos 7º e 8º da Lei 9532/97

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida

com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

(Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998) IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

(...)

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Como se vê, o artigo 7º da Lei 9.532/97 fez com que o ágio amortizado na contabilidade societária pudesse se refletir na apuração da base de cálculo do IPRJ da empresa “investidora” – ou seja, permitiu-se que despesas registradas em contrapartida à amortização contábil do ágio” fossem aceitas como fiscalmente dedutíveis.

Porém, tal “aproveitamento fiscal” ficou condicionado à confirmação de determinadas condições e/ou requisitos legais, a saber:

- (i) ocorrência de evento de incorporação, fusão ou cisão, em que a empresa (investidora) tivesse absorvido diretamente o patrimônio do ente investido, no qual já detivesse participação societária adquirida com ágio;
- (ii) registro do ágio (na escrita da empresa “investidora”) em contrapartida à conta do bem ou direito que lhe dera causa;
- (iii) dedução fiscal sobre o valor amortizável do ágio limitada à razão máxima de 1/60 por período de apuração; nas apurações (de lucro real) subsequentes ao evento societário deflagrador (incorporação/cisão);
- (iv) custo de aquisição (incluído a parcela de ágio) comprovadamente suportado (pago/custeado) pela empresa investidora; e,
- (v) fundamentação econômica do ágio suportado no investimento, baseada em documento (“demonstrativo/laudo”) de rentabilidade futura.

No próprio texto do dispositivo legal supracitado, pode se extrair o aspecto subjacente (e lógico) que balizou os efeitos fiscais da amortização do ágio segregado em investimentos, qual seja: a vinculação básica deste instituto a situação corriqueiramente observada no universo das sociedades empresariais, num contexto em que o ente investidor tende a absorver de vez o patrimônio do ente “investido”; no qual ao longo do tempo foram investidos recursos. Ou seja, uma sociedade empresarial investidora tende, naturalmente, a incorporar o ente investido, na qual foram consumidos recursos financeiros na forma de participação societária adquirida no tempo. Conforme se lê no caput do art. 7º da referida Lei, que assim prescreveu:

“(..) A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio...”.

Em tal contexto, impõe-se pontuar a acepção do termo “pessoa jurídica”, de forma a clarear o alcance do instituto tributário do ágio. No que o “termo” (contido no enunciado supra) há de ser entendido como sinônimo de “sociedade empresária”; numa alusão lógica ao “sujeito de direito” (pessoa jurídica); que, jurídica e formalmente constituído no País, se encontra explorando uma determinada atividade econômica.

Assim, a noção de “empresa” no direito brasileiro encontra-se diretamente vinculada ao próprio conceito legal de “empresário” (CC, art. 966), definido este nos seguintes termos:

“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”.

Ora, se a denominação legal de “empresário” se reporta ao agente que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada”, tem-se, como corolário, que o termo

“empresa” condensa em si tudo aquilo que envolve a atividade exercida sob tal condição (ou seja, “organizada economicamente para produção ou circulação de bens ou serviços”).

Disso, decorre ainda que, se a atividade economicamente organizada (produção ou circulação de bens ou serviços, visando lucro) estiver sendo explorada individualmente, estaremos nos defrontando com o chamado “empresário individual”. Ou do contrário, frente a uma “sociedade empresária”, propriamente dita, quando tal atividade econômica estiver sendo explorada por pessoa jurídica, constituída mediante contrato societário.

Nesse sentido, temos ainda as remissões do RIR (Decreto 3.000/99) ao termo “pessoa jurídica”, constantes do Livro II (“Tributação das Pessoas Jurídicas”). No que há de ser destacada a redação do inciso II do artigo 150; a qual, ao equiparar “empresas individuais” a pessoas jurídicas - incluindo, dentre as primeiras, as pessoas físicas que explorem habitual e profissionalmente atividade econômica visando lucro -; acabara nos fornecendo mais uma clara vinculação entre “pessoa jurídica” (ou “sociedade empresária”) e o próprio exercício (organizado e sob ímpeto de lucro) da atividade econômica”.

De sorte que um pressupunha o outro. Implicando, por outra face, na impropriedade em se atribuir, como “pessoa jurídica” (de fato), um ente que, embora tido como “sociedade empresária” (já que se encontra “formalmente” constituído sob contrato societário), não comprove o exercício fático da atividade econômica a que se propusera – revelando-se, pois, inexistente de fato.

Isso impediria tal pessoa jurídica a se habilitar, entre outros, a “vantagens fiscais” instituídas em normativo tributário, cujo aproveitamento encontra-se vinculado à comprovação do exercício fático da atividade empresarial (objeto social) declarada em atos constitutivos – no que se pode incluir as vantagens fiscais advindas do instituto do “ágio” em questão.

Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27):

I - as pessoas jurídicas (Capítulo I);

§ 1º As disposições deste artigo aplicam-se a todas as firmas e sociedades, registradas ou não (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, § 2º).

Art. 147. Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior:

I - as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, art. 42, e Lei nº 6.264, de 1975, art. 1º).

II - as empresas individuais (Capítulo II). (...)Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei nº 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 2º).

§ 1º São empresas individuais:

I - as firmas individuais (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea "a");

II - as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea "b");

Voltando ao histórico do “aproveitamento fiscal do ágio”, temos que, ao serem considerados o cenário econômico e as políticas de governo do ano de 1997 (“contexto normativo”), torna-se possível alcançar tanto a intenção quanto os limites estabelecidos pelo legislador tributário ao conceber a dedução fiscal do ágio.

Ora, o contexto deixa claro que, no afã em se estimular a aquisição do controle acionário de empresas “estatais” por entes privados, foi pavimentado o caminho para que empresas (existentes de fato) pudessem se habilitar - num ambiente de negócios legítimos - ao preenchimento das condições estabelecidas para a fruição de tal “benefício fiscal”.

Neste caso, representado pelo direito de a empresa residente deduzir do seu resultado tributável o valor amortizável do ágio que houvera incorrido, quando da aquisição de investimento em outra empresa (“investida”) - desde que a investida fosse incorporada pela cia investidora, e que o investimento tivesse sido avaliado economicamente com base na expectativa de “rentabilidade futura”.

Todavia, o mesmo diploma legal trouxe em seu artigo seguinte (artigo 8º, abaixo transcrito), a possibilidade de as disposições contidas no artigo 7º alcançarem situações em que a “incorporada” fosse a própria detentora da participação societária – operação que viria adiante adquirir o rótulo de “incorporação reversa”, ou “às avessas”; numa modalidade que, de pronto, nos soa anômala perante a lógica dos negócios empresariais. Isso, dada a possibilidade de a empresa sair da condição de empresa investida para absorver o patrimônio da própria investidora; ou da condição de ente controlado para incorporar a própria empresa “investidora” e/ou controladora.

Mas que, olhada de forma mais cuidadosa e sob o ângulo da “intenção legislativa”, tal condição pode ser vista como instrumento necessário ao ajustamento do “ágio” a determinadas situações. Como, por exemplo, as decorrentes de reorganizações societárias em que o exercício da atividade principal de uma das partes envolvidas na aquisição de controle acionário demanda autorizações ou outorgas especiais de órgãos de controle do aparelho estatal – no que se encaixam as aquisições de controle acionário do sistema financeiro nacional, envolvendo empresas “residentes”.

Em tal situação, verifica-se que, independentemente de quem seja parte “investida” e parte “investidora”; somente aquela que esteja autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, é que reúne as condições (imediatas) de prosseguir operando regularmente no segmento. Portanto, sendo esta a entidade investida, o ato de incorporar a própria investidora passa a ser evento societário lógico e/ou previsível.

Tem-se, assim, um exemplo a que se pode atribuir a inclusão de tal dispositivo no texto da referida lei, sem que se possa, por outro, valer-se do mesmo para ancorar ou justificar ágios forçados ou artificiais, surgidos nas mais variadas (e abusivas) combinações de negócios.

Como ocorre nas situações em que entidades empresariais (existentes “de fato”) recorrem às chamadas “entidades veículos”; as utilizando como figuras meramente interpostadas entre os seus “negócios”; no afã (exclusivo) em forçar o surgimento de “ágio fiscal” sobre determinados negócios formalizados.

Ou mesmo, nas situações em que os atores principais recorrem a uma sequência de atos formalizados, em curto lapso temporal, sem apresentarem motivação econômica, que não o intuito único em fabricar deduções fiscais a título de “amortização de ágio”.

Em tal contexto, as pessoas jurídicas postulantes tendem a segregar, prévia e contabilmente, um pseudo “ágio”; que, via de regra, não se estabeleceria ou se configuraria no curso real dos fatos. Uma vez que o intuito final é carreá-lo para outra pessoa jurídica; esta, quase sempre, na qualidade de empresa operativa (constituída de fato e direito), e efetivamente interessada em extrair vantagens tributárias mediante a formalização de negócios combinados.

O fato é que, a reboque dessa boa-fé do legislador tributário e do aparente alargamento das condições de “dedutibilidade fiscal do ágio”, ocorreu no País uma avalanche de negócios combinados promovidos indiscriminadamente após a edição da mencionada lei; cujas circunstâncias e formas em que se estabeleceram têm revelado diversos abusos na “configuração” e fruição deste instituto ao longo do tempo; especialmente quando as operações societárias são submetidas a análises fiscais mais detalhadas.

Guiados pelo fundamento econômico de “rentabilidade futura” e voltados à obtenção de economia fiscal forçosa; os “negócios combinados” de tal natureza tendem a apresentar um mesmo “invólucro”, qual seja: são inseridas, entre a operação negocial e os agentes “efetivos” que dela participam, entidades efêmeras ou interpostadas, sem relação objetiva com o “negócio” de fato estabelecido entre as partes interessadas; tudo isso configurado por meio de atos societários sequenciais que, formalizados em diminuto espaço de tempo, carecem de substância econômica ou propósito negocial.

Sob o manto de aparente legalidade, integram tal categoria os chamados arranjos societários “forçados ou artificiosos”, no que se inclui o ágio produzido internamente ou o “ágio de si mesmo”, sem envolvimento e/ou pagamento efetivo de preço a terceiros alienantes. Essa espécie de “negócios combinados” se caracteriza pelo fato de, quase sempre, ser articulada entre sociedades sob “mesmo controle” ou “vontade comum”; objetivando exclusivamente a obtenção de vantagens tributárias.

Em tal situação, não se consegue extrair qualquer alteração patrimonial ou geração de riqueza efetiva por parte dos entes envolvidos, se tratando meramente de arranjos societários típicos, cujos efeitos na contabilidade societária já foram há muito fulminados por regras

emanadas dos órgãos reguladores e/ou normatizadores da contabilidade empresarial (leia-se, CVM, CPC e Conselho Federal de Contabilidade).

Contudo, cabe destacar que, no que tange ao aspecto tributário, continuam inalterados os requisitos e condições “essenciais” que sempre pautaram o instituto da “dedução fiscal do ágio”. Assim, a validade da dedutibilidade da amortização do ágio na apuração do lucro tributável das empresas continua dependendo tanto da confirmação das condições jurídicas e dos elementos formais previstos no normativo tributário, quanto dos aspectos intrínsecos ou subjacentes que levam ao conhecimento da realidade fática motivadora da operação, como também, das características essenciais que credenciam o ágio como fiscalmente dedutível.

De forma a não restar, em tal contexto, nenhuma dúvida quanto à lisura e efetivação da finalidade negocial dos eventos societários envolvidos na operação motivadora do ágio, no que se inclui:

- 1) a existência (de fato) das entidades jurídicas envolvidas na operação de que decorrerá a segregação contábil do ágio;
- 2) a relação objetiva dos entes com a operação de investimento em questão, de maneira que se possa facilmente vislumbrar o ônus financeiro de fato suportado pela empresa que se apresenta contabilizando o ágio; e;
- 3) a existência de lapso temporal - entre a data de constituição das pessoas jurídicas envolvidas na operação de investimento e a data do respectivo evento deflagrador do ágio - em extensão suficiente a empregar razoabilidade negocial aos atos formalizados.

Em tal contexto, confirmar a congruência entre forma jurídica e o exercício fático do objeto societário da empresa formalmente constituída, torna-se mais imperativo quando nos deparamos com aproveitamento fiscal de ágio envolvendo operações societárias invertidas ou reversas, tal como definidas. De sorte que, na busca da efetiva incidência tributária, possam ser desprezados atos meramente formais, sem associação a comprovada motivação econômica ou finalidade negocial.

Em processo de alinhamento e convergência a padrões de contabilidade já praticados internacionalmente, tivemos as edições das Leis 11.638/07 e 11.941/09, por meio das quais foram introduzidos importantes alterações em nosso sistema de contabilidade societária.

Notadamente, no que tange à forma de registro e avaliação de investimentos das sociedades, os quais passaram a ser guiados pela ótica do “valor justo” (ou valor presente), de forma a permitir que as demonstrações patrimoniais e financeiras das entidades passassem a retratar números a valores atuais.

Dentre as disposições legais pertinentes a tal alinhamento, encontra-se a confirmação daquilo que conceitualmente a contabilidade societária já vinha aplicando aos

fatatos envolvendo “ágio em investimentos”; ou seja, a utilização do princípio de “valor justo”, na valoração dos itens do ativo e passivo da entidade contábil – o que, dentre outros, representou abolir de vez a forma de segregação do ágio ao chamado valor de livro do investimento adquirido; o vinculando, desta feita, ao “valor de mercado” (ou valor justo) dos ativos investidos.

Assim, os “ágios contabilizados” que as empresas eventualmente carregavam em seus patrimônios (até 31.12.2008), deixaram de ser amortizados na escrita societária de forma automática; ficando seu valor contábil dependente de teste periódico de avaliação de recuperabilidade (impairment).

Para tanto, a nova regra da contabilidade societária exige que seja verificado, de tempo em tempo, se o ativo ainda possui o mesmo valor implícito, podendo o teste resultar, por exemplo, numa baixa contábil do ativo, com efeito direto no resultado societário da empresa (porém, sem qualquer efeito tributário), se verificado que o ativo investido não apresenta mais a expectativa de rentabilidade inicialmente prevista.

Dessa forma, o conceito de “ágio”, antes aceito como mero “resultado positivo entre valor pago na aquisição do ativo e o seu valor contábil correspondente sobre o patrimônio líquido da sociedade investida”, se consolidara de vez como sendo a diferença existente entre aquilo que se pagou pelo bem e o seu valor justo no mercado.

Ou seja, só depois de trazer o ativo a valor justo (ou valor presente) é que se pode falar em ágio genuinamente suportado (goodwill); ainda assim, para que o mesmo seja amortizado, é preciso testar periodicamente as condições do ativo adquirido, de forma a justificar o custo adicional (ágio/goodwill) suportado quando da aquisição do investimento.

A esse entendimento, convergem os “pronunciamentos” advindos do Comitê de Pronunciamento Contábil (em especial o CPC04 e CPC15), pelos quais foram abolidos na escrita societária a amortização linear e automática de ágio motivado por “rentabilidade futura”; na esteira das vedações a amortizações contábeis envolvendo ativos de “vida útil indeterminada”.

Nisso, há de ser destacado que entendimentos mais restritivos e conservadores quanto ao conceito e repercussões contábeis do “ágio em investimentos” - notadamente os que fulminam os efeitos contábeis do chamado “ágio interno” ou “ágio de si mesmo” - já vinham sendo adotados pelas áreas técnicas da CVM, representadas, em especial, pelo conjunto de regras envolvendo empresas de “capital aberto”, conforme se lê nos textos das Instruções CVM 285/98, 319/99, 349/01, e Parecer de Orientação CVM 37/2011.

Por tais instrumentos, a CVM introduziu, então, novo conceito para o “ágio em investimentos”, ao defini-lo como sendo a diferença (goodwill) entre o custo do investimento e o valor atual do ativo investido. Cabendo ainda destacar que o início dessa convergência a normas internacionais, no tocante a ágio ou deságio na aquisição de investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial, deu-se já na edição da Instrução CVM nº 285, de 31 de julho de 1998; quando sentenciou em seu texto que o ágio por rentabilidade futura representa somente aquela parcela que ultrapassa o valor de mercado (valor justo) do “bem” ou “parte” investida.

Nessa linha normativa evolutiva da escrituração societária (no que se inclui o tratamento de “ágio em investimentos”), nota-se uma tendência latente em se privilegiar a “essência dos atos sobre a forma”, quando da aplicação das regras contábeis a situações concretas – embora não seja este um fundamento contábil novo, já que se encontrava preconizado dentre os princípios emanados do Conselho Federal de Contabilidade desde o final do ano de 1993, quando foi editada a Resolução CFC 750; que assim definira em seu § 2º do artigo 1º.

Artigo 1º - Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (P.F.C) os enunciados por esta Resolução.

1º - A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).

2º - Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade a situações concretas, a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais.

A isso soma-se, também, o importante reforço recebido pelo princípio da “essencialidade dos atos” com as disposições contidas em nosso renovado Código Civil (Lei 10.406/2002); em sua função de “norma geral” do ordenamento jurídico brasileiro, ao assim dispor em seu artigo 112 (Título I – Do Negócio Jurídico):

“Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”.

A disposição da norma civilista supracitada representa, para expressiva parcela dos nossos doutrinadores, a tendência “voluntarista” atribuída ao novo código; ou seja, consubstancia uma linha doutrinária cujos seguidores sustentam que a vontade real é o elemento que determina os efeitos jurídicos dos atos e negócios formais. Assim, entende-se que, quando envolvido ato ou negócio jurídico formalizado por determinada pessoa (física ou jurídica), no qual tenha sido possível conhecer a “verdadeira” vontade (“intenção”) e identificado eventual conflito entre esta (intenção revelada) e a vontade declarada (manifesta); haverá de prevalecer sempre a primeira (intenção ou vontade real).

Sem desprezar o importante reforço trazido pelo alinhamento da nossa contabilidade comercial e/ou societária a padrões internacionais - notadamente quanto aos procedimentos e reflexos de “ágio” e “deságio” na aquisição de investimentos envolvendo sociedades empresariais residentes -; tem-se que o efeito da amortização do ágio segregado pelas pessoas jurídicas no resultado tributável continua balizado pelas normas de antes; as quais, conforme já sublinhado, sempre empregaram neutralidade fiscal a este instituto, quando da apuração do lucro real das pessoas jurídicas. Admitindo-se deduções somente naquelas situações excepcionadas no normativo tributário; notadamente as contidas na Lei 9.532/97, cujo texto introduziu a “amortização antecipada com efeitos fiscais” do ágio segregado em investimentos; quando confirmadas as premissas e/ou requisitos essenciais; no contexto ora exposto.

Não há dúvida de que o texto atual de regência da metodologia contábil das chamadas “sociedades por ações”, ao consagrar o conceito de “valor justo” ou “valor presente” para os ativos e passivos, acabou por estreitar a margem de que fazia uso determinados contribuintes em “fabricar” e registrar “ágios” em suas contabilidades, buscando tão somente a obtenção de vantagens tributárias adiante, sob o manto de aparente legalidade. O que não deixa de ser um importante reforço às normas fiscais, que, como dito, sempre trataram a repercussão de tal instituto como excepcionalidade na apuração do resultado tributável das pessoas jurídicas.

Para tanto, e sem que seja dispensada concomitante análise fiscal quanto à essencialidade dos atos à luz do normativo tributário e do contexto ora exposto, entende-se que a dedutibilidade fiscal de ágio baseado em rentabilidade futura passa pela confirmação das condições a seguir elencadas.

Existência de laudo (ou documento equivalente), arquivado como “demonstração” do ágio suportado pela parte investidora sobre a parte investida; de autoria técnica e isenta, e conteúdo suficiente a motivar o pagamento de valor adicional (ágio) sobre o investimento adquirido, em relação ao seu valor representativo na contabilidade da parte investida.

Existência de efetivo pagamento de preço a terceiros alienantes, pelo investimento adquirido, no qual esteja contemplado o custo total da aquisição, incluída a parcela de ágio; cujo ônus financeiro tenha recaído (de fato) sobre o adquirente que contabilizara o investimento originário do ágio.

Existência de documento contendo os elementos justificadores do ato/evento societário de “incorporação”, a partir do qual se deflagrara a amortização do ágio.

Existência de lapso temporal entre a contabilização do ágio e a data de ocorrência do evento deflagrador de sua amortização fiscal (“incorporação/cisão/fusão”); suficiente a empregar razoabilidade aos atos e eventos societários formalizados, frente à realidade negocial.

Existência de independência negocial entre as pessoas jurídicas envolvidas na formalização do ágio, com autonomia administrativa das partes e respectivo histórico operacional a materializar suas constituições formais e objetos societários.

Impera destacar que tais itens não configuram exigências novas ou requisitos adicionais à dedução fiscal do ágio, e sim, um detalhamento lógico e intrínseco daquilo que está insculpido no normativo tributário regente; na linha do que tem sido inclusive replicado nos acórdãos emitidos pelas instâncias julgadoras do nosso contencioso fiscal, conforme demonstrado nos comentários a seguir listados, aproveitando-se o texto original das “ementas” mais recorrentes em tais decisões.

As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: (Premissas presentes em ementas de vários julgados recentes do CARF, a envolver deduções suscitadas pelos contribuintes a título de “ágio fiscal”; sendo, pois,

manifestações baseadas nos dispositivos legais pertinentes ao instituto, e, bem assim, naquilo que se encontra regulamentado nos artigos 385 a 387 do RIR/99).

O efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio. Trata-se, pois, de importe premissa ao reconhecimento de ágio, que vem sendo reiterada em diversas decisões administrativas. Uma vez que afronta a essência normativa de tal instituto tributário imaginar que o ônus financeiro suportado - representado pelo “efetivo pagamento” de determinada aquisição envolvendo ágio – possa recair sobre pessoa jurídica distinta daquela que se apresenta (“formalmente”) ao fisco, contabilizando um valor adicionalmente suportado (ágio) no investimento. Como lhe afronta, também, a constatação de que um dispêndio atribuído à aquisição do investimento não se qualifica como “pagamento de preço a terceiros alienantes”.

Ou seja, que não representa uma contraprestação efetiva, transferida a terceiro alienante, autônomo e não vinculado ao próprio adquirente/investidor. Do contrário, o texto normativo estaria apto a validar fiscalmente todo e qualquer tipo de arranjo negocial e de natureza constitutiva das “partes envolvidas”, que resultasse em “ágio formalizado”.

A realização das operações originais entre partes não ligadas. Dado que operações realizadas entre “partes não ligadas” pressupõem, indubitavelmente, independência negocial, com existência fática e autônoma das pessoas jurídicas envolvidas numa negociação efetiva, originária de ágio. Uma vez que se torna impossível dissociar “realização de operações originais” da constatação de uma “combinação genuína de negócios”, cuja efetiva consecução importa em: (a) pessoas jurídicas residentes (existentes de fato), com autonomia administrativa e independência negocial – aptas, portanto, à prática de atos societários legítimos e necessários à consecução do objeto negocial estabelecido; (b) existência comprovada (documental) dos elementos justificadores dos eventos societários formalizados (“incorporação/cisão/fusão”) – a partir dos quais se deflagra a amortização fiscal do “ágio amortizável” ; e (c) lapso temporal condizente entre a segregação inicial do “ágio” e a data do evento societário “deflagrador” da sua dedução “fiscal” - em extensão suficiente a conferir razoabilidade e substância negocial aos atos e eventos societários formalizados.

Seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Observa-se que tal premissa, replicada em decisões do CARF. Dado que a demonstração de “lisura na avaliação da empresa adquirida e da expectativa de rentabilidade futura”, como parte dos fundamentos legítimos a levar determinada empresa operativa a investir em ativos de outra (pagando por isso valor superior ao que se encontra contabilizado nos livros da adquirida), passa pela existência comprovada de documento (como “laudo”, ou demonstrativo equivalente), de confecção idônea, técnica e isenta; no qual estejam reunidos e demonstrados os elementos e projeções sobre a “parte investida”, suficientemente apta a motivar tal decisão.

Portanto, na ausência de tais elementos na composição de determinado ágio destacado na contabilidade, haverá de ser glosado o seu efeito fiscal sobre a base tributável

daquela empresa que dele se aproveita, mediante competente lançamento de ofício. Nessa situação, incorrem os ágios moldados por atos formais, que se revelam exclusivamente voltados à obtenção de vantagens tributárias; mediante “artifícios” variados, no que se incluem: as práticas de interposição de empresas efêmeras (ou inexistentes de fato); ou aquelas que se utilizam de pessoas jurídicas meramente “formais” na operação de investimento sem que, de fato, tenham suportado o ônus (custo) financeiro decorrente da aquisição; , ou às quais tenham sido atribuídos atos formais que não se confirmam na prática; ou cujos objetivos societários declarados em documentos de constituição revelam-se conflituosos naquilo que é motivo aparente e finalidade alcançada na operação; ou mesmo, desnecessários àquilo que de fato almejaram as partes negociais efetivamente envolvidas na operação originária do ágio suscitado.

Conforme se depreende da “ementa” seguinte, extraída de decisão proferida pelo CARF, o simples registro contábil ou a formalização de atos societários não implicam em direito automático à dedução fiscal do ágio, devendo haver sempre uma causa legítima que lhe motive, dentro de uma realidade a ser conhecida e interpretada (grifei):

Quando se fala em registro contábil do ágio é preciso ter presente que “a contabilidade não é uma verdade em si mesma, mas instrumento para que uma realidade externa a ela seja conhecida e interpretada.” Com base nesta premissa, feito o registro contábil, cabe ao operador do direito buscar a causa para verificar se o ágio registrado na contabilidade existiu ou não. (Acórdão 1402001.298; CARF – 4ª Câmara/2ª Turma).

Nesse sentido, glosas a deduções de ágios “forçados” na apuração do lucro real têm sido frequentes em procedimentos fiscais nos últimos anos, em variadas questões envolvendo este instituto, cujas “indedutibilidades” vêm sendo confirmadas pelos órgãos julgadores do nosso contencioso administrativo-tributário. Decisões de casos concretos, nas quais se tem observado uma tendência em valorizar mais a essência dos atos do que a forma pura dos mesmos; na linha do que já se encontra consagrado nas regras da contabilidade societária, conforme se extrai das ementas ora transcritas (grifei).

Acórdão: 1101000.942 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – (setembro de 2013)
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 DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Em vista da prática de ato com evidente intuito de reduzir o montante do Imposto devido, está correta a aplicação da multa de 150%.

Acórdão: 1402001.180 -CARF- 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária (set.2012) AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado “ágio de si mesma”, cuja amortização é vedada, haja vista que não encontra respaldo nas normas tributárias e fere um dos princípios básicos do IRPJ/CSLL, qual seja: a incidência sobre o lucro efetivamente auferido, sendo que no caso em questão essa prática ocorreu.

Destarte, não há como se admitir, na apuração da base tributável de contribuintes sujeitos a lucro real, deduções atribuídas a “ágio” artifiosa e forçosamente gestadas entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente ligadas. Ou mesmo entre partes não ligadas; quando revelado que a empresa que dele se aproveita, o fez em circunstâncias e formas que ignoram a essência deste instituto, ou exorbitam os limites do normativo regente.

Dado o exposto, retomemos a análise fática dos elementos e circunstâncias que envolveram a configuração do “ágio” e sua amortização por parte da ora recorrente, cujos valores vêm sendo computados como dedução na apuração da sua base tributável de IRPJ a título de “amortização de ágio”, na apuração do lucro real dos anos calendários de 2016 e 2017.

Voltemos a leitura do contrato social da sociedade empresária limitada, **TWZSPE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, CNPJ 12.846.425/0001-03, que, em sua constituição, datada em 28/10/2010, pelos sócios Cléber Faria Fernandes, CPF nº 192.212.358/74, e Sueli de Fátima Ferreti, CPF nº 764.868.778-04, o capital social inicial era de R\$ 500,00, tendo por objeto a participação no capital social de outras sociedades como sócio quotista ou acionista no país ou no exterior – holding (doc. 5).

Em **16/12/2010**, com pouco mais de um mês de existência, os dois sócios transferiram onerosamente a totalidade de suas quotas para as empresas **DE COLLEGIALE BEREIDING B.V** (499 quotas), CNPJ nº 13.037.846/0001-48 e **FAGRON GROUP B.V** (1 quota), CNPJ nº 13.033.347/0001-56, pelo valor nominal de R\$ 1,00 cada (doc. 5, fls 14-30), fato que, por si, eleva a **TWZSPE** ao patamar de uma empresa denominada de “shelf company”, assim entendido a empresa que já se encontra “registrada ou criada”, mas sem qualquer uso ou atividade ou, sem qualquer substância econômica.

Com a **1ª** alteração contratual, a **TWZSPE** passou a se denominar **FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**. Nesta transação de compra e venda, a empresa **DE COLLEGIALE BEREIDING B.V**, representada pela **FAGRON GROUP B.V.**, foi representada pela **ARSEUS B.V.**, sociedade belga, com sede, também, na Holanda (que tinha como única sócia a **ARSEUS N.V.** – doc. 5, fl.198), representada por fim pelo SR. GERARDUS JOHANNES VAN JEVEREN, cidadão holandês, residente em Kralingseweg, Rotherdan, e pelo SR. JAN PEETERS, belga,

residente em Voshollei, Brasschaat. (doc. 5, fls. 31-63), o que revela os verdadeiros investidores como pessoas físicas.

No dia **04/01/2011**, houve a 2ª alteração do contrato social (doc. 5, fls. 317 – 326), tendo por mote, dentre outros, o aumento do capital social de **R\$ 500,00** para **R\$ 83.175.000,00** (oitenta e três milhões, cento e setenta e cinco mil reais), correspondendo a 83.175.000 quotas com valor de R\$ 1,00, totalmente, integralizados, em moeda corrente nacional pela sócia **DE COLLEGIALE BEREIDING B.V.**

Durante os anos 2010, 2011 e 2012, a investidora **DE COLLEGIALE BEREIDING B.V** (ou **FAGRON BRAZIL HOLDING B.V**) realizou sucessivos aportes de recursos em moeda nacional na **FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, perfazendo, seu capital social, o saldo de R\$ 176.000.600,00 (doc. 5, fls. 594-602) em **14/12/2012**.

Tais lastros financeiros viabilizaram a aquisição, com ágio, em momentos distintos, de 100% do capital social das empresas **DEG IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA** (atual **SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA**), **PHARMA NOSTRA COMERCIAL LTDA** e **VIA FARMA IMPORTADORA LTDA**. Assim, após essas aquisições, a investidora **FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, (empresa veículo), passou a ser sócia majoritária dessas investidas brasileiras.

Em **01/11/2012**, a **SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA** (ou antiga **DEG IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA**), uma das investidas, incorporou a **VIA FARMA IMPORTADORA LTDA**, outra investida, e, em **18/01/2013**, no mesmo ato societário, incorporou a **PHARMA NOSTRA COMERCIAL LTDA** e a **FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, nesse último caso, concretizando o que se convencionou denominar, incorporação reversa (doc. 10.1 e doc. 23), passando assim, a ser o único investimento das empresas estrangeiras no Brasil (**DE COLLEGIALE BEREIDING B.V** e **FAGRON GROUP B.V.**).

Concluída toda essa reorganização societária, a partir de 01/2013 até 12/2017, a recorrente, **SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA**, procedeu à amortização fiscal dos ágios, a título de expectativa de rentabilidade futura, originado nas aquisições das investidas brasileiras pela **FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**.

Ou seja, facilmente, verifica-se que os lançamentos, com fatos geradores nos anos-calendário 2016 e 2017, já se encontravam acobertados pela Lei nº 12.973/2014, devido ao fato de a operação de incorporação da **FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA** pela **SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA**, ter ocorrido em **18/01/2013**, por força do disposto no art. 65 da lei 12.974/2014, permanecendo válidas, para aplicação ao caso em tela, às regras dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, já supramencionados.

Como já explicitado anteriormente, em **18/01/2013**, a recorrente incorporou a sua investidora, **FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**. Em princípio, era ela que estaria apta a amortizar tributariamente o valor do ágio à razão de 1/60 avos, se não fosse o fato dos negócios jurídicos terem ocorridos entre a investidora holandesa **DE COLLEGIALE BEREIDING**

B.V. e as investidas brasileiras **DEG IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA** (atual **SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA**), **PHARMA NOSTRA COMERCIAL LTDA** e **VIA FARMA IMPORTADORA LTDA**, cujo ágio deveria ter sido registrado na contabilidade da investidora estrangeira e, amortizado, se fosse o caso, nos termos da legislação vigente no país da investidora.

A empresa **FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, considerada como “**empresa veículo**”, cuja participação em reorganização societária teve por único objetivo o de amortizar o ágio pago por empresa estrangeira na aquisição do capital social de empresas brasileiras, tornou-se patente que, em sua composição societária, originou dos recursos investidos, operações realizadas por ela e tempo de vida até sua extinção pela incorporação reversa, cujo escopo foi de contornar a norma legal supra citada, sobretudo em relação ao cumprimento da literalidade dos dispositivos legais, evidenciando-se, portanto, abuso de direito, cujos efeitos, de forma alguma, poderiam ser oponíveis a acusação fiscal.

Neste caso, portanto, torna-se patente o emprego da empresa veículo, **FAGRON PARTICIPAÇÃO**, com evidente incorporação da investida, propiciando reorganização societária do Grupo Fagron, meramente para aproveitamento fiscal do ágio.

Não obstante, resta incontestável, que as verdadeiras investidoras foram sempre as empresas estrangeiras **COLLEGiate BEREIDING BV**, atual **FAGRON BRAZIL HOLDING BV (“FAGRON HOLDING”)** e a **FAGRON GROUP BV** e, assim, não ocorreu a confusão patrimonial entre a real investidora e a investida, declinando o que se esperava na aplicação do instituto da incorporação.

Assim, não paira qualquer dúvida quanto aos fatos ora relatados, que, diante de todo o contexto, há a comprovação de ter sido ela constituída e utilizada, apenas, para possibilitar o aproveitamento do ágio no Brasil, com intuito de promover a economia tributária, combinada com outros fatores como, abuso de direito e, inexistência da confusão patrimonial entre real investidor, que se deu por meio de empresas estrangeiras já apontadas.

Da constatação da presença da figura do abuso de direito, resultou o afastamento do seu efeito, já amplamente descrito em itens anteriores, mas, em nenhum momento, pode-se aventar a figura da simulação, que, embora tenha constituído a empresa veículo para uma finalidade específica, ficou evidenciado que a adquirente nada mais era do que uma holding artificial, apta a criar hipótese para fruição do ágio.

Nessa linha, cita-se os seguintes julgados da CSRF em que ficou evidenciado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL. Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

(Acórdão nº 9101-002.213, relator Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 03.02.2016)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

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

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

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

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

(Acórdão nº 9101-002.304, relator André Mendes Moura, sessão de 06.04.2016)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009 ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

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

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

(Acórdão nº 9101002.428, relator Rafael Vidal de Araújo, sessão de 18.08.2016)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011 ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

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

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

(Acórdão nº 9101-002.962, relatora Adriana Gomes Rego, sessão de 04.07.2017)

Vejam, o ponto comum desses julgados, é a existência apenas formal da empresa adquirente, não raras vezes, sem capacidade operacional, ainda que pudesse se revestir de uma holding, que exigiria ao menos o registro contábil de algumas operações típicas dessas sociedades, em alguns casos, a efemeridade. O ponto comum, no entanto, é a ausência de recursos e a sua inexistência, efetiva, antes e depois da operação que gerou o ágio.

Portanto, não paira qualquer dúvida quanto a constituição e a utilização da empresa veículo, apenas para possibilitar o aproveitamento do ágio no Brasil, com intuito de economizar tributos, combinado com outros fatores como abuso de direito e inexistência da confusão patrimonial entre real investidor, ou seja, empresas estrangeiras, que são fatos relevantes para a manutenção da autuação.

Sobre a impossibilidade de a empresa veículo se revestir da condição de real adquirente e, por conseguinte, haver subsunção à hipótese do art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, inexistindo o requisito subjetivo da lei, que é a confusão entre os patrimônios entre a investidora e investida, transcrevo excerto do voto do Acórdão CSRF nº 9101-002.962:

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Destaco também, o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que tem validado a amortização do ágio decorrentes de operações regulares, onde não haja nenhum tipo de simulação. Cito o REsp nº 2.026.473-SC (STJ, 1ª Turma, DJe 19/09/2023, Rel. Min. Gurgel de Faria), que tratou da possibilidade de utilização de empresa-veículo por investidora estrangeira, na estruturação do negócio que ensejou o reconhecimento do ágio, no qual o tribunal destaca que a utilização de empresa-veículo, por si só, não o invalida, competindo ao Fisco demonstrar a artificialidade na sua interposição na relação jurídica, verbis:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.
2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de “indedutibilidade” não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento

(aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregado a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

Por fim, transcrevo, na oportunidade, os excertos do voto, em que o relator analisa a questão da utilização da empresa-veículo, cujos fundamentos, de certo modo, estão alinhados ao posicionamento que decido adotar neste tribunal administrativo, *in verbis*:

[...]

Por isso, em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

Como a interpretação a ser dada aos supracitados artigos figura como fio condutor desta decisão, transcrevo os dispositivos integralmente, com a redação vigente ao tempo dos fatos:

[...]

Com base na leitura dos artigos destacados, verifica-se que a lei admitiu a dedução fiscal do ágio (da base de cálculo do lucro real) na hipótese de absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detenha participação societária. Em especial, a norma (em seu inciso III) estabeleceu a possibilidade de o ágio gerado

na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, § 2º, "b", do Decreto-Lei n. 1.598/1977), ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de, no máximo, um sessenta avos para cada mês do período de apuração.

Nesses casos, portanto, assiste razão ao contribuinte quando afirma que, em resumo, os requisitos exigidos para a dedução são: (i) que o ágio seja justificado pela rentabilidade futura do investimento; (ii) que, após a aquisição, haja incorporação da controlada pela controladora, ou vice-versa; e (iii) que seja respeitado o limite de amortização de 1/60 por mês.

[...]

A Fazenda defende, portanto – inclusive no recurso em exame –, que a análise da possibilidade de dedução do ágio não deve ser realizada à luz dos aspectos meramente formais da norma, mas também sob a ótica dos eventos reais e econômicos atrelados à operação que ensejou o ágio.

Justifica, aliás, que a interpretação histórica da norma (extraída da sua exposição de motivos) deixa evidente que a disposição legal trouxe verdadeira blindagem ao aproveitamento do ágio fictício; a interpretação teleológica evidencia que a fruição de um ganho tributário pressupõe que seja demonstrada a existência de propósito negocial/substância econômica, cabendo ao Fisco a desconsideração do abuso das formas em detrimento da constatação dos fatos tributáveis (arts. 118, I, 142 e 149, VII, do CTN).

Até aqui, as premissas da recorrente não estariam de todo equivocadas. Pelo contrário, de fato:

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômicos-tributários que o justificassem. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012).

Além disso, o Código Tributário Nacional realmente autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII).

E, ainda, a norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), de constitucionalidade indiscutível (ADI 2446), também poderia, em última análise, até justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

Em suma, a preocupação da Fazenda quanto às operações exclusivamente artificiais é relevante e encontra abrigo na legislação e na interpretação que a esta deve ser dada.

O que, a meu ver, mostra-se seguramente incorreta é a conclusão adotada pelo Fisco após expor as premissas adiantadas nas linhas acima.

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico.

[...]

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a "função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada" (MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do ágio para fins fiscais: análise do precedente da Columbian Chemicals Brasil LTDA

[Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio:

IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A “empresa-veículo” geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida (“empresa-alvo”), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura; A “empresa-veículo” tem duração efêmera;

A “empresa-veículo” é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na “empresa-alvo” ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A “empresa-veículo” é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A “empresa-veículo” é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A “empresa-veículo” possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria abusiva.

Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual facilita a criação de holding “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como “veículo” para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais (“propósito negocial”) para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma “empresa-veículo”, por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto “real adquirente”,

que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento. (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Em resumo, comprehendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se: Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?

(DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, entendo não ter sido demonstrado que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social.

[...]

Diante de todo o exposto, embora a figura da empresa veículo esteja desidratada de patente simulação, constata-se aqui, a incontestável inexistência de confusão patrimonial com o real adquirente, o que, portanto, sedimenta a manutenção da autuação fiscal.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

Por fim, a Recorrente alega que jamais o valor da multa imposta poderia ser atualizada pela taxa Selic, sob o argumento de que somente são admitidos os acréscimos moratórios referentes aos débitos decorrentes de tributos e contribuições, mas não sobre as penalidades pecuniárias. Por conta disso, a incidência de juros sobre a multa é descabida.

Ademais, a recorrente argui a impossibilidade de aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, citando interpretação ao § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/96. No seu entender o deve, o referido artigo, ser interpretado literal e restritivamente.

A multa de ofício é parte integrante da obrigação ou crédito tributário e, quando não extinta na data de seu vencimento, estará sujeita à incidência de juros conforme estabelecido no art. 113 do CTN.

Porque citado pelo contribuinte, é importante asseverar que no caput do art. 618, o texto é “débitos (...) decorrentes de tributos e contribuições” e não meramente “débitos de tributos e contribuições”. O termo “decorrentes” evidencia que o legislador não quis se referir, apenas aos tributos e contribuições em termos estritos para todas as situações.

A jurisprudência do CARF vem convergindo no sentido de considerar procedente a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, depois de vencido o prazo para pagamento, uma vez que passa a integrar o crédito tributário.

RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR
Data da Sessão 19/01/2018 Nº Acórdão 9101-003.374 JUROS DE MORA SOBRE
MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe
a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário,
que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu
vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, e 61, § 3º, da
Lei 9.430/96.

RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE Data da Sessão: 08/11/2017 Nº Acórdão:
9101-003.222 Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2005,
2006, 2007, 2008, 2009 INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE
OFÍCIO. LEGALIDADE. Sobre o crédito tributário não pago no vencimento incidem
juros de mora à taxa SELIC. Compõem o crédito tributário o tributo e a multa de
ofício proporcional.

Recurso Especial do Contribuinte Data da Sessão: 03/04/2018 Acórdão nº:
9101003.510

Voto vencedor: Conselheira Cristiane Silva Costa, Redatora designada

Com a devida vênia ao voto do Relator, entendo por negar provimento ao recurso
especial do contribuinte, tendo sido acompanhada pela maioria deste Colegiado.

Ressalvo que em precedentes desta Turma, pronunciei-me pela ilegitimidade da
exigência de juros de mora sobre a multa de ofício (acórdãos 9101003.053 e
9101003.216, dentre outros).

Ocorre que, diante de reiterados julgamentos em que restei vencida, curvo-me ao
entendimento predominante do Colegiado, ponderando que a matéria é
unicamente de direito e há orientação prevalecente na jurisprudência do CARF
pela manutenção da cobrança de juros sobre a multa.

A esse respeito, destaco voto elaborado pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo,
Presidente desta Turma e do CARF (acórdão 9101003.376):

(...)

Esse também é o entendimento do STJ sobre o assunto, conforme se observa da ementa a seguir transcrita (AgRg no REsp 1335688/PR 2012/0153773-0, DJe de 10/12/2012), Acórdão transitado em julgado em 14/02/2013:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "E legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990 PR, Rei. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rei. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. I 2. Agravo regimental não provido.

Finalmente a Súmula CARF nº 5:

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

E o CTN determina:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

(...)

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Assim, o crédito tributário decorre da obrigação principal que, por sua vez, tem por objeto também a penalidade pecuniária. Consequentemente, o entendimento sumulado compreende todo o crédito tributário lançado, ou seja, tributos, contribuições e multas aplicadas.

Diante do exposto, entendo que não merece prosperar o argumento apresentado pela interessada com vistas a afastar a incidência de juros sobre a multa de ofício.

Por fim, deve-se dizer que a pretensão da Recorrente encontra obstáculo no entendimento consolidado por este Conselho, objeto de Súmulas CARF - incidência de juros de mora sobre multa de ofício (Súmula CARF nº 108).

DO RECURSO DE OFÍCIO

Quanto ao Recurso de Ofício, a acusação fiscal entendeu por qualificar a multa, segundo assim se depreende do TVF:

A aplicação da multa de ofício qualificada no percentual de 150% se dá em razão de a fiscalizada ter participado de operação simulada, já fartamente demonstrada ao longo do presente relatório, envolvendo a investidora holandesa DE COLLEGIALE BEREIDING B.V (posteriormente denominada FAGRON BRAZIL HOLDING B.V) e a FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, com o único propósito de reduzir o pagamento do IRPJ/CSLL, mediante amortização fiscal indevida de ágio por expectativa de rentabilidade futura após a incorporação da FAGRON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA pela fiscalizada SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA.

Por conta de conduta fraudulenta praticada com evidente intuito de reduzir o montante do IRPJ e da CSLL devidos, formaliza-se Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) em nome da fiscalizada SM EMPREENDIMENTOS FARMACÊUTICOS LTDA, nos termos da Portaria RFB nº 1.750, de 12 de novembro de 2018.

No tocante à qualificação a multa, entendo que, ainda que não fosse possível a dedutibilidade do ágio, prevalecendo a tese do “real adquirente”, ela seria inaplicável, pois a simples interposição da empresa-veículo no negócio é insuficiente para caracterizar a intenção dolosa de sonegar tributo ou fraudar ao Fisco, caracterizando, quando muito, uma interpretação equivocada na aplicação dos comandos legais que disciplinam o reconhecimento e a amortização do ágio.

Na mesma linha do racional defendido neste voto, já se posicionou a 1ª Turma da CSRF no acórdão nº 9101-005.761, de 08/09/2021:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2007, 2008, 2009 MULTA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUIO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. INSTITUTOS CIVIS.

IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

Não havendo comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, não se sustenta a qualificação da penalidade. Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade.

Tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, não resta caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

Não menos valiosas também são as lições do Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, de onde extraímos:

64. Inicialmente, oportuno esclarecer que a utilização de determinadas expressões como ausência de propósito negocial, empresa veículo, abuso de forma, abuso de direito, fraude à lei etc., seja qual for o “rótulo” utilizado, não é suficiente, por si para caracterizar determinado ato, operação ou negócio jurídico cuja

consequência seria uma infração tributária. A análise deve concentrar se no caso concreto e na efetividade das operações realizadas. Como observa Sergio André Rocha:

Já faz algum tempo que suspeitamos que as diferenças entre os autores que escrevem sobre planejamento tributário não são tão acentuadas como se presume ou como aparentam ser. Um autor fala em abuso de direito, e outro rebate dizendo que o abuso de direito jamais poderia ser critério válido para desconsideração de atos e negócios jurídicos praticados pelo contribuinte. Então alguém argumenta que o critério seria a fraude à lei [...]. [...] é muito importante que redirecioneis o debate dos conceitos para os fatos. O que importa não é construirmos rótulos, é determinarmos as circunstâncias que legitimam a desconsideração e consequente requalificação de atos e negócios jurídicos. A determinação do verdadeiro alcance das posições de cada autor só é possível a partir de sua análise em casos concretos.

E conclui, após extensa exposição de cada uma das fases da restruturação societária e sobre os conceitos de simulação, sonegação, fraude e conluio:

193. Como se vê, o ponto chave para a autoridade fiscal qualificar a multa foi a simulação praticada pelo contribuinte. Todavia no caso de planejamento tributário, a partir do conceito amplo de simulação tem se simulação-elusão , a qual decorre da elusão fiscal, situação em que o contribuinte evita a incidência tributária mediante interpretação equivocada da norma , que o conduz a formalizações distorcidas; porém desprovida do intuito de fraude típico da simulação-evasão --, porquanto o contribuinte atendeu a todas as solicitações do Fisco, observou a legislação societária, com divulgação e registro nos órgãos públicos competentes; enfim, houve regularidade formal e transparência perante o Fisco. Nesse sentido, em razão de não restar configurado o intuito fraudulento na conduta praticada afasta se a qualificação da multa, reduzindo a para 75%.

Nestes termos, entendo que deve manter a redução da multa de ofício, ao patamar de 75%.

DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, negar-lhe provimento e, quanto ao Recurso de Ofício, voto por conhecê-lo, para, no mérito, negar-lhe integral provimento.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Roney Sandro Freire Corrêa

Conselheiro Relator

