



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16561.720017/2015-56  
**Recurso** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** 9101-006.250 – CSRF / 1ª Turma  
**Sessão de** 10 de agosto de 2022  
**Recorrente** SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

**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 do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

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

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

de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

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

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

**ÁGIO DECORRENTE DE AQUISIÇÃO DE QUOTAS NO EXERCÍCIO DE DIREITO DE PREFERÊNCIA. TITULARIDADE.**

O ágio resultante de aquisição de quotas no exercício de direito de preferência deve ser registrado no patrimônio da sócia adquirente.

**MULTA QUALIFICADA. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. DOLO NÃO CONFIGURADO.**

A qualificação da multa de ofício depende da caracterização do dolo do sujeito passivo, não podendo ser mantida em caso de mera divergência quanto à interpretação da legislação tributária aplicável. A conclusão de que as operações praticadas são atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica, é fundamento suficiente para a glosa das despesas, mas não para a qualificação da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Gustavo Guimarães da Fonseca que conheciam parcialmente do recurso, excluída a matéria concernente à nulidade, e o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que somente conhecia das matérias relativas à multa qualificada. No mérito, acordam em: (i) por maioria de votos, negar provimento quanto à amortização de ágio, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães da Fonseca que votaram por dar-lhe provimento; votaram pelas conclusões com fundamentos distintos os conselheiros Livia De Carli Germano e Fernando Brasil de Oliveira Pinto, e (ii) por maioria de votos, dar provimento para reduzir a multa de ofício para 75%, vencida a conselheira Edeli Pereira Bessa (relatora) que votou por negar-lhe

provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano.

(documento assinado digitalmente)

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA – Presidente

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

(documento assinado digitalmente)

LIVIA DE CARLI GERMANO – Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

## Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por SKY DO BRASIL SERVIÇOS LTDA ("Contribuinte", e-fls. 2271/2307) em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1402-003.116 (e-fls. 2162/2220), na sessão de 10 de abril de 2018, no qual foi negado provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ. TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA.

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

MULTA QUALIFICADA.

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

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Quando o lançamento encontra-se sem qualquer ressalva acerca de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, tal fato deixa de compor a lide, não havendo motivação para impulsionar o contraditório neste aspecto.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL

Decorrendo as exigências da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

NULIDADE.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235/72.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurado nos anos-calendário 2011, 2012 e 2013 a partir da constatação de exclusões indevidas de amortizações de ágio, com imputação de multa qualificada. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 1951/1992). O Colegiado *a quo*, por sua vez, negou provimento ao recurso voluntário (e-fls. 2162/2220).

Cientificada em 20/06/2018 (e-fls. 2229), a Contribuinte opôs embargos de declaração (e-fls. 2232/2238) que foram rejeitados conforme despacho de e-fls. 2246/2260. Notificada deste despacho em 31/08/2018 (e-fl. 2267), a Contribuinte interpôs recurso especial em 14/09/2018 (e-fls. 2268/2307) no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 3784/3798, do qual se extrai:

(1) “nulidade do lançamento fiscal – ausência de base legal”

Decisão recorrida:

**NULIDADE.**

*Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235/72.*

[...].

*Da leitura do termo de verificação fiscal fica muito claro o embasamento que levaram a Autoridade Fiscal a aplicar a infração objeto do presente litígio.*

*Ademais, no trecho destacado do termo de verificação fiscal, fica bem demonstrada a capitulação aplicada. O auto de infração, que integra-se com o termo de verificação fiscal, está com as devidas capitulações e bases legais que o ensejaram.*

*Os dispositivos indicados no auto de infração como infringidos são os seguintes: art. 3º e 6º da Lei 9249/95; arts. 247 e 250 do RIR/99; art. 6º do DL 1598; art. 37 da Lei 8.981/95, e estão no auto de infração, lembrando-se que este se complementa com o termo de verificação fiscal.*

Acórdão paradigma n.º 1302-001.977, de 2016:

**NULIDADE. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.**

*Não é passível de nulidade o lançamento tributário realizado em conformidade com as exigências legais impostas pelo art. 10 do Decreto n.º 70.235/72 (PAF), quanto ao aspecto formal, e em observância aos ditames do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), quanto ao aspecto material.*

[...].

*Enfim, não se verifica dos autos, qualquer impropriedade técnica na autuação realizada para as exigências de IRPJ e CSLL, nem falhas que impediram a recorrente de compreender os remissivos legais infringidos, natureza dos fatos que ensejaram a tributação erguida, ou qualquer mácula aos artigos 10 do Decreto n.º 70.235/72, ou 142 do CTN, capazes de causar qualquer nulidade de ordem formal ou material, muito menos houve ausência de motivação e fundamentação que pudessem impedir a recorrente de exercer o contraditório e sua defesa de forma ampla, aliás como o fez,*

*sendo inaplicáveis ao caso em concreto as disposições dos artigos pertinentes aos processos administrativos federais e fiscais.*

Com relação a essa primeira matéria, não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por inexistir divergência de entendimento passível de uniformização.

Tanto na decisão recorrida, quanto no acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1302-001.977, de 2016), chegou-se à mesma conclusão, de que *o auto de infração, que integra-se com o termo de verificação fiscal, está com as devidas capitulações e bases legais que o ensejaram* (acórdão recorrido), ou seja, de que não houve ausência de motivação e fundamentação que pudessem impedir a recorrente de exercer o contraditório e sua defesa de forma ampla, aliás como o fez (acórdão paradigma).

Há que se destacar, ainda, que a afirmação da Recorrente, de que *os autos de infração seriam nulos, porquanto formalizados sem a devida capitulação legal* (e-fls. 2.279), constitui-se em juízo de mérito próprio, do qual pretende ela partir para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, juízo, esse, porém, que não se confirma com a leitura do inteiro teor do acórdão recorrido (destaque da transcrição):

[...].

*O auto de infração, [...], está com as devidas capitulações e bases legais que o ensejaram.*

*Os dispositivos indicados no auto de infração como infringidos são os seguintes: art. 3º e 6º da Lei 9249/95; arts. 247 e 250 do RIR/99; art. 6º do DL 1598; art. 37 da Lei 8.981/95, e estão no auto de infração, lembrando-se que este se complementa com o termo de verificação fiscal.*

(2) “impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial”

Decisão recorrida:

*Não há ementa correspondente a essa matéria.*

[...].

*Além do mais, faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, e esta poderia ser obtida da mesma forma sem a participação da GLBBT. Sua participação foi essencialmente para fins tributários.*

[...].

*A interposição da GLBBT entre a GLA Brasil e a Sky Brasil, teve como único objetivo o de permitir o aproveitamento do ágio, o que afasta das condições exigidas pela lei de forma a permitir a sua utilização, vez que se tratou de um artifício jurídico sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica.*

Acórdão paradigma nº 1302-001.150, de 2013:

**GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA. SIMULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.**

*Deve ser afastada a imputação de simulação, quando não demonstrado o pacto simulatório.*

*O fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.*

[...].

*Os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e à sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos*

vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena, sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

Acórdão paradigma n.º 1302-002.045, de 2017:

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.**

*Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente.*

[...].

*Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira, que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade Tributária, descrito acima, além de outros princípios como a livre de iniciativa, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.*

No que se refere a essa segunda matéria, ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, ou seja, a interposição da GLBBT entre a GLA Brasil e a Sky Brasil [...] se tratou de um artifício jurídico sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 1302-001.150, de 2013, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *“falta de propósito negocial” [...] não passa de uma construção jurisprudencial alienígena, sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio* (primeiro acórdão paradigma) e que *a alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira, que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico* (segundo acórdão paradigma).

(3) “existência de propósito negocial em face de outras estruturas possíveis para o aproveitamento fiscal do ágio”

Decisão recorrida:

*Não há ementa correspondente a essa matéria.*

[...].

*Além do mais, faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, e esta poderia ser obtida da mesma forma sem a participação da GLBBT. Sua participação foi essencialmente para fins tributários.*

[...].

*A interposição da GLBBT entre a GLA Brasil e a Sky Brasil, teve como único objetivo o de permitir o aproveitamento do ágio, o que afasta das condições exigidas pela lei de forma a permitir a sua utilização, vez que se tratou de um artifício jurídico sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica.*

Acórdão paradigma n.º 1102-000.982, de 2013:

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.**

*Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.*

*A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.*

[...].

*No caso, há que se reconhecer que, caso a Electro Vidro tivesse incorporado diretamente a Isoladores Santana, ou vice-versa, ter-se-ia obtido o mesmo resultado fiscal conseguido com o uso da empresa veículo. Contudo, segundo o raciocínio do Relator, somente seria oponível ao Fisco o resultado obtido pela incorporação direta.*

*Dessa forma, seria a simples “descida” do ágio por meio de empresa veículo que tornaria o aproveitamento do ágio indevido, porque evidenciaria propósito preponderantemente tributário.*

*Não consigo entender o fenômeno dessa forma. Se o propósito fosse somente tributário, bastaria a incorporação direta para garantir o benefício. Se houve o uso da empresa veículo era porque se desejava manter intactas as duas empresas existentes por razões diversas da tributária.*

Acórdão paradigma nº 1302-001.186, de 2013:

**GLOSA DE DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.**

*Não restando demonstrada a simulação nos atos que levaram à geração e à amortização do ágio, há que lhes reconhecer os efeitos que lhes são próprios e, conseqüentemente, cancelar a glosa da despesa.*

[...].

*Por outro lado, a constituição da NAVPAR teve como propósito possibilitar o aproveitamento do ágio, como afirma a autoridade lançadora?*

*A resposta é irrefragavelmente não, pelas seguintes razões. Primeiro, ninguém discute a existência do ágio e o seu efetivo pagamento pela recorrente aos membros da família Schwec. Logo, mesmo que não existisse a NAVPAR, se a recorrente e a Sogil tivessem adquirido diretamente o controle da Auto Viação Navegantes com ágio, poderiam cindi-la e passar a deduzir a amortização do ágio das suas bases tributáveis. Logo, fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais, que os obrigavam a preservar a Auto Viação Navegantes, ou seja, preferindo assim criar uma intermediária.*

No tocante a essa terceira matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, e esta poderia ser obtida da mesma forma sem a participação da GLBBT*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1102-000.982, de 2013, e 1302-001.186, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que, *se houve o uso da empresa veículo era porque se desejava manter intactas as duas empresas existentes por razões diversas da tributária* (primeiro acórdão paradigma) e que *fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais* (segundo acórdão paradigma).

(4) “validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal”

Decisão recorrida:

*Não há ementa correspondente a essa matéria.*

[...].

*Além do mais, faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, e esta poderia ser obtida da mesma forma sem a participação da GLBBT. Sua participação foi essencialmente para fins tributários.*

[...].

*A interposição da GLBBT entre a GLA Brasil e a Sky Brasil, teve como único objetivo o de permitir o aproveitamento do ágio, o que afasta das condições exigidas pela lei de forma a permitir a sua utilização, vez que se tratou de um artifício jurídico sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica.*

Acórdão paradigma n.º 1302-001.150, de 2013:

**GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA. SIMULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.**

*Deve ser afastada a imputação de simulação, quando não demonstrado o pacto simulatório.*

*O fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.*

[...].

*Os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e à sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena, sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio.*

Acórdão paradigma n.º 1302-002.045, de 2017:

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.**

*Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente.*

[...].

*Por isso, discordo da afirmação ínsita na decisão recorrida, quando afirma que “...o direito de auto-organização não existe para que os contribuintes paguem menos impostos, devendo ser exercido com algum propósito extratributário, a fim de que eventual supressão de tributos seja oponível ao Fisco.” (fl. 25 do Acórdão de Impugnação).*

Relativamente a essa quarta matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, ou seja, a interposição da GLBBT entre a GLA Brasil e a Sky Brasil [...] se tratou de um artifício jurídico sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 1302-001.150, de 2013, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e à sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena, sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio* (primeiro acórdão paradigma) e que *os*

*dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio (segundo acórdão paradigma).*

(5) “validade das supostas ‘empresas veículo’”

Decisão recorrida:

**IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ. TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA.**

*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.*

[...].

*Contudo, como demonstrado acima, com base na legislação vigente em 31/12/2007, válida para fins tributários no período fiscalizado, não havia respaldo legal para amortização do ágio de rentabilidade futura, sem a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida.*

Acórdão paradigma n.º 1301-001.505, de 2014:

**INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97 - PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO - INOCORRÊNCIA.**

*No contexto das Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto n.º 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.*

[...].

*No caso, não se materializou excesso frente ao direito tributário, eis que não houve prejuízo da Fazenda, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo.*

Acórdão paradigma n.º 1201-002.247, de 2018:

**UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.**

*A utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos, como a fraude ou simulação, para que a glosa da dedução do ágio se justifique.*

*Na hipótese em que presentes, para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal.*

Com referência a essa quinta matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que, *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, ou seja, não havia respaldo legal para amortização do ágio de rentabilidade futura, sem a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 1301-001.505, de 2014, e 1201-002.247, de 2018) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *a efetivação da reorganização de que*

*tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, [...], não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco (primeiro acórdão paradigma) e que a utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos, como a fraude ou simulação, para que a glosa da dedução do ágio se justifique (segundo acórdão paradigma)*

(6) “desnecessidade da confusão patrimonial entre ‘real adquirente’ e investimento adquirido com ágio”

Decisão recorrida:

**IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ. TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA.**

*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.*

[...].

*Contudo, como demonstrado acima, com base na legislação vigente em 31/12/2007, válida para fins tributários no período fiscalizado, não havia respaldo legal para amortização do ágio de rentabilidade futura, sem a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida.*

Acórdão paradigma nº 9101-003.609, de 2018:

**ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO. DEDUTIBILIDADE.**

*É legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”.*

No concernente a essa sexta matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que, *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, ou seja, não havia respaldo legal para amortização do ágio de rentabilidade futura, sem a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida*, o acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 9101-003.609, de 2018) decidiu, de modo diametralmente oposto, que *é legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”.*

(7) “impossibilidade de exigência de multa qualificada em razão de utilização de suposta empresa-veículo”

Decisão recorrida:

**MULTA QUALIFICADA.**

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

Acórdão paradigma nº 9101-003.074, de 2017:

**QUALIFICAÇÃO DA MULTA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS.**

*A qualificação da multa de ofício, nos termos do artigo 44, § 1º, da Lei 9.430/96 apenas pode ocorrer na hipótese em que demonstrada pela fiscalização a ocorrência de*

*conduta passível de enquadramento nas situações previstas nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei 4.502/64.*

*A utilização de empresa veículo, com base apenas no argumento de ausência de propósito negocial, não admite a qualificação da conduta como fraude, mormente quando a operação, se realizada diretamente, geraria o mesmo direito à amortização do ágio.*

Acórdão paradigma n.º 1301-003.226, de 2018:

**ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. MULTA QUALIFICADA. ARTIGO 71, 72 E 73 DA LEI 4.502/64. DESCABIMENTO.**

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

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

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

Quanto a essa sétima matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 9101-003.074, de 2017, e 1301-003.226, de 2018) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *a utilização de empresa veículo, com base apenas no argumento de ausência de propósito negocial, não admite a qualificação da conduta como fraude, mormente quando a operação, se realizada diretamente, geraria o mesmo direito à amortização do ágio* (primeiro acórdão paradigma) e que *a acusação de artificialismo de uma operação baseada na imputação de ilícitos atípicos, revelada pelo uso de empresa veículo para aproveitamento fiscal de ágio, sem a demonstração cabal de invalidades efetivas e do intuito de fraudar, sonegar ou atuar em conluio do sujeito passivo, não autoriza a qualificação da multa de ofício, independentemente do posicionamento que se tenha quanto à dedutibilidade do ágio na questão* (segundo acórdão paradigma).

(8) “planejamento tributário não enseja aplicação de multa qualificada”

Decisão recorrida:

**MULTA QUALIFICADA.**

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

Acórdão paradigma n.º 3301-004.593, de 2018:

**FRAUDE. MULTA QUALIFICADA.**

*A aplicação da multa qualificada pressupõe o comprovado intuito de fraude, nos exatos termos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/1964, que é o dolo específico da conduta praticada. A não convalidação de planejamento tributário, por si só, não justifica a*

*qualificação da multa, pois a discussão sobre desqualificação do planejamento tributário é matéria diversa e tem base em premissas jurídicas distintas daquelas que devem equacionar a aplicabilidade da multa qualificada. Logo, mesmo que o planejamento fiscal não possa ser convalidado, a qualificação da multa apenas se impõe, se preenchidos os seus próprios requisitos.*

[...].

*A aplicação da multa qualificada pressupõe o comprovado intuito de fraude, nos exatos termos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, que é o dolo específico da conduta praticada.*

*Entendo que a ocorrência de simulação não está obrigatoriamente vinculada à imposição de multa qualificada.*

[...].

*Dito de outra forma: a não convalidação de planejamento tributário, por si só, não justifica a qualificação da multa.*

*A discussão sobre desqualificação do planejamento tributário é matéria diversa e tem base em premissas jurídicas distintas daquelas que devem equacionar a aplicabilidade da multa qualificada.*

*Logo, mesmo que o planejamento fiscal não possa ser convalidado, a qualificação da multa apenas se impõe, se preenchidos os seus próprios requisitos.*

*Assim, se as partes realizaram as operações às claras, cumpriram obrigações acessórias, não falsificaram documentos, não resta comprovado o “evidente intuito de fraude”. Acórdão paradigma nº 2202-003.605, de 2017:*

#### **MULTA QUALIFICADA.**

*Em suposto planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.*

Com relação a essa oitava matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 3301-004.593, de 2018, e 2202-003.605, de 2017) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *a não convalidação de planejamento tributário, por si só, não justifica a qualificação da multa* (primeiro acórdão paradigma) e que, *em suposto planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64* (segundo acórdão paradigma).

(9) “impossibilidade de exigência de multa qualificada – erro na interpretação da legislação fiscal”

Decisão recorrida:

#### **MULTA QUALIFICADA.**

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

Acórdão paradigma nº 1101-001.097, de 2014:

#### **ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

*Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço.*

**QUALIFICAÇÃO DA MULTA. ATUAÇÃO DO CONTRIBUINTE CONDIZENTE COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERO EQUÍVOCO INTERPRETATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA MULTA QUALIFICADA. PROVIMENTO.**

*O sujeito passivo jamais agiu com vistas a ocultar fatos geradores de tributo ou a evitar a sua materialização, tendo atendido a todas as intimações que lhe foram dirigidas e revelando às autoridades fiscais todo o substrato da operação ab initio. Outrossim, a questão (julgada favoravelmente ao Fisco) decorre de equívoco na interpretação dispensada à legislação fiscal e societária, o que não justifica a majoração da penalidade de ofício.*

Acórdão paradigma nº 1302-001.950, de 2016:

**ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.**

*Os atos de reorganização societária registrados pela recorrente, ainda que formalmente regulares, se não configuram uma efetiva aquisição de participação societária, mas mera permuta de ativos entre controladora e controlada, sendo correta a glosa dos valores amortizados como ágio efetuada pelo Fisco.*

[...].

**DA MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.**

*O não reconhecimento pelo Fisco do ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, com a consequente glosa de sua amortização, não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, quando os atos praticados revelam interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência.*

Por fim, no que se refere a essa nona matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1101-001.097, de 2014, e 1302-001.950, de 2016) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *a questão (julgada favoravelmente ao Fisco) [formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço] decorre de equívoco na interpretação dispensada à legislação fiscal e societária, o que não justifica a majoração da penalidade de ofício* (primeiro acórdão paradigma) e que *os atos praticados [ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, que não configuram uma efetiva aquisição de participação societária] revelam interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência* (segundo acórdão paradigma).

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização, em parte, das divergências de interpretação suscitadas.

Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROponho seja ADMITIDO, EM PARTE, o Recurso Especial interposto.

[...]

Com fundamento nas razões acima expendidas, nos termos dos arts. 18, inciso III, c/c 68, § 1º, ambos do Anexo II do RI/CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, ADMITO, EM PARTE, o Recurso Especial interposto, no que se refere às matérias: (2) “impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial”, (3) “existência de propósito negocial em face de outras estruturas possíveis para o aproveitamento fiscal do ágio”, (4) “validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal”, (5) “validade das supostas ‘empresas veículo’”, (6) “desnecessidade da confusão

patrimonial entre ‘real adquirente’ e investimento adquirido com ágio”, (7) “impossibilidade de exigência de multa qualificada em razão de utilização de suposta empresa-veículo”, (8) “planejamento tributário não enseja aplicação de multa qualificada” e (9) “impossibilidade de exigência de multa qualificada – erro na interpretação da legislação fiscal”.

Cientificada da admissibilidade parcial em 07/12/2018 (e-fl. 3801), a Contribuinte apresentou agravo em 13/12/2018 (e-fls. 3805/3815), que foi acolhido parcialmente, determinando *o retorno dos autos à 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento para exteriorização do juízo de admissibilidade do recurso especial acerca da matéria intitulada “(1) nulidade do lançamento fiscal – ausência de base legal”* (e-fl. 3843/3847). Complementando o exame de admissibilidade, a Presidência de Câmara decidiu ampliar a admissibilidade do recurso especial sob os seguintes fundamentos:

(1) “nulidade do lançamento fiscal – ausência de base legal”

Decisão recorrida:

*Não há ementa correspondente a essa matéria.*

[...].

*Como evidenciado acima, a situação até agora posta se enquadra na hipótese legal contida no artigo 187 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), acima transcrito, e não se enquadra nos requisitos do artigo 386 do RIR/99 que tratam de amortização de ágio.*

Acórdão paradigma nº 1302-001.977, de 2016:

*Não há ementa correspondente a essa matéria.*

[...].

*Cabe lembrar que os artigos 13 a 19 da Medida Provisória nº 66/2002, que tratavam dos procedimentos exigidos para a aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN, foram retirados do texto da lei de conversão (Lei 10.637/02) pelo Congresso Nacional.*

*Ora, à míngua da regulamentação da norma específica no campo tributário para combater o abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), pode ser aplicável o posterior art. 187 do Código Civil? Lógico que não, pois se o legislador complementar exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não vejo como tal condição seja dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.*

*Ademais, há que se ter em conta que a teoria do abuso de direito foi concebida dentro do direito privado, razão pela qual guarda certas incompatibilidades com o Direito Público.*

Com relação a essa matéria, ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *a situação até agora posta se enquadra na hipótese legal contida no artigo 187 da Lei 10.406/2002 (Código Civil)*, o acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1302-001.977, de 2016) decidiu, de modo diametralmente oposto, não ser aplicável a *norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário*.

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização, das divergências de interpretação suscitadas, no que se refere à matéria (1) “nulidade do lançamento fiscal – ausência de base legal”. Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROPONHO seja ADMITIDO o Recurso Especial interposto, no que se refere à matéria (1) “nulidade do lançamento fiscal – ausência de base legal”.

Aduz a Contribuinte que suscitou a nulidade do lançamento porque ausente a *devida capitulação legal*, vez que a *Fiscalização se limitou a utilizar conceitos indeterminados, sem, no entanto, indicar qualquer dispositivo da legislação fiscal que teria sido violado*. Destaca que consta do acórdão recorrido o entendimento de que *o artigo 187 do Código Civil, que trata da figura do abuso de direito, teria (supostamente) servido de base legal para a lavratura dos autos de infração*, e assim afirma a divergência jurisprudencial em face do paradigma n.º 1302-001.977, segundo o qual *o artigo 187 do Código Civil não pode ser aplicado na esfera tributária*. Assim, tendo em vista a *inaplicabilidade do artigo 187 do Código Civil na esfera tributária* requer a *reforma do acórdão recorrido, declarando-se a nulidade dos autos de infração por ausência de base legal*.

Na sequência, sob a premissa de que a acusação fiscal se pautou na ausência de propósito negocial na *aquisição das ações da Sky Brasil pela GLBBT*, e de que *tal sociedade não poderia ser considerada com a "real adquirente" do investimento*, a Contribuinte manifesta sua discordância por não haver *qualquer permissivo na legislação fiscal para que a Fiscalização busque infirmar negócios jurídicos válidos com base na teoria do propósito negocial*, e aponta divergência em face do paradigma n.º 1302-001.150 que traria manifestação *em sentido exatamente oposto àquele defendido no acórdão recorrido, ao afastar a necessidade de um alegado "propósito negocial" para se conferir validade a determinado negócio jurídico*. Acrescenta que *no mesmo sentido é o posicionamento adotado no paradigma n.º 1302-002.045*. Pede, assim, que seja declarada a *impossibilidade de aplicação da teoria do propósito negocial para se fundamentar ou manter um lançamento fiscal*, com a consequente *reforma do acórdão recorrido e o cancelamento dos autos de infração originários do presente processo administrativo*.

Subsidiariamente defende que *no caso concreto, se verificou efetivamente a existência de propósito negocial para que a aquisição das ações da Sky Brasil se desse por meio da GLBBT*, indicando a demonstração, em recurso voluntário, de *outras operações societárias que poderiam ser adotadas e que culminariam no mesmo efeito de amortização fiscal do ágio - como, por exemplo, a aquisição direta e, posterior, incorporação da Sky Brasil pela sociedade GLA Brasil Ltda. ("GLA") - , tendo sido a transação realizada por meio da GLBBT por outros motivos, que não simplesmente os fiscais*. Contudo, como o acórdão recorrido firmou que a *existência de estrutura alternativa, sem a utilização da GLBBT, e que geraria o mesmo efeito fiscal (i.e., aproveitamento fiscal do ágio) não se prestaria a demonstrar a existência de propósito negocial na operação*, caracterizado estaria o dissídio jurisprudencial em face do paradigma n.º 1102-000.982, segundo o qual *a existência de estrutura alternativa confirmaria a existência de propósito negocial para a utilização de sociedade holding na aquisição de investimento com ágio*. No mesmo sentido seria o entendimento firmado no paradigma n.º 1302-001.186. Requer, assim, que seja reconhecido *que a Recorrente não obteve economia fiscal indevida, até mesmo porque, como exposto, poderia ter adotado operações alternativas que necessariamente levariam ao mesmo efeito fiscal*.

Prossegue demonstrando divergência jurisprudencial quanto à *possibilidade da economia fiscal ser considerado um propósito negocial suficiente para fundamentar os atos praticados pelos contribuintes*, ainda que *não tenha sido este o único fator que justificou a aquisição das ações da Sky Brasil por meio da GLBBT*. O acórdão recorrido divergiria, neste ponto, do paradigma n.º 1302-001.150 que, *de forma acertada, se manifestou no sentido de que a economia fiscal constitui, sim, propósito mais que suficiente para caracterizar o fundamento e a validade dos negócios desenvolvidos pelo Contribuinte*, bem como do paradigma n.º 1302-002.045, que seguiria esta mesma linha. Requer, por tais razões, que este Colegiado corrija a

*incorreção da interpretação adotada no acórdão recorrido, determinando-se a sua reforma, de acordo com o que restou decidido nos acórdãos paradigmas indicados, reconhecendo-se a existência de propósito negocial na operação em questão e cancelando os autos de infração originários deste processo.*

Discorda da conclusão fiscal de que GLBBT seria uma "empresa veículo", sem qualquer propósito negocial, cuja participação teria como único objetivo a economia de tributos, o que não seria permitido pela legislação, porque além de a operação em foco estar de acordo com os termos da legislação de regência, a participação da GLBBT estava atrelada a propósitos de natureza extrafiscal, o que pode ser verificado pelo simples fato de que a transação poderia ter sido realizada diretamente pela GLA, com a incorporação da Sky Brasil por esta última sociedade, ou vice-versa. E assevera que o acórdão recorrido, ao ratificar a acusação fiscal, divergiu dos paradigmas nº 1301-001.505 e 1201-002.247 segundo os quais a utilização de uma chamada "empresa veículo" não é motivo suficiente para tornar inválida a operação em foco e, principalmente, a amortização fiscal do ágio. Pretende que também aqui se reconheça que o aproveitamento fiscal do ágio é válido e está em consonância com a legislação, com ou sem a participação da chamada empresa veículo. Em seu entendimento, qualquer que seja a sua participação na operação, essa não infirma o fato de que o ágio foi efetivamente pago, oriundo de negociação entre partes independentes, e sua dedução, pelo contribuinte, está em consonância com a legislação de regência. E acrescenta:

Nesse ponto, cumpre destacar que **as orientações gerais da época dos fatos - tanto da data da operação quanto do período autuado - (em especial a jurisprudência administrativa) eram no sentido de que a utilização de "sociedade veículo", com objetivo de aproveitar fiscalmente o ágio gerado entre partes independentes, é plenamente válida<sup>1</sup>.**

Nesse contexto, tendo em vista o **dever de preservação da segurança jurídica**, de modo geral, e as disposições do **artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** ("LINDB" - Decreto-Lei nº 4.657/42), com redação dada pela Lei nº 13.655/18, de forma específica, não há, também por este motivo, como se considerar inválida/inoponível ao fisco a aquisição de ações da Sky Brasil pela GLBBT e a incorporação do ágio nos anos-base de 2011 a 2013 (período autuado), com base no argumento de que essa seria mera "sociedade-veículo".

De fato, em linha com outros diversos dispositivos do ordenamento jurídico que tutelam a segurança jurídica<sup>2</sup>, **o mencionado dispositivo legal preceitua que na análise da validade de atos devem ser consideradas as orientações gerais da época e ainda determina, de forma expressa, que é " vedado que,- com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas".** Veja-se:

[...]

Diante do exposto, requer-se a reforma do acórdão recorrido nos termos dos acórdãos paradigmas indicados, a fim de que seja reconhecida a impossibilidade de se glosar a amortização do ágio, ainda que se admita a utilização, no presente caso, de empresa veículo, de forma que, por conseguinte, cancele-se o lançamento fiscal constituído em face da ora Recorrente.

<sup>1</sup> Nesse sentido, mencione-se, a título ilustrativo, os seguintes acórdãos: 1302-001.150 (Sessão de 07/08/2013); 1402-001.409 (Sessão de 10/07/2013); 1102-000.875 (Sessão de 12/06/2013); 1102-000.873 (Sessão de 11/06/2013); 1301-001.224 (Sessão de 11/06/2013), 1402-001.310 (Sessão de 05/12/2012); 1402-001.279 (Sessão de 04/12/2012); 1301-000.999 (Sessão de 07/08/2012); 1402-001.077 (Sessão de 13/06/2012).

<sup>2</sup> Especificamente em relação à proteção da segurança jurídica na esfera tributária, cite-se, a título ilustrativo, o parágrafo 100 do artigo, bem como o artigo 146, ambos do CTN.

Aborda, então, o fundamento do acórdão recorrido pautado na constatação de que *a "real adquirente" das ações da Sky Brasil não seria a GLBBT, sociedade que efetivamente adquiriu o investimento, mas sim a GLA. Depois de defender que não há como se considerar que a GLBBT não seria a "real adquirente" do investimento, a Contribuinte invoca o paradigma n.º 9101-003.609, no qual se entendeu que a legislação fiscal não prevê como condição necessária para o aproveitamento fiscal do ágio que haja a confusão patrimonial envolvendo o "real adquirente" ("investidor original"), ou seja, firmando-se o entendimento de para que seja possível o aproveitamento fiscal do ágio, basta que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido com ágio e este respectivo investimento. E argumenta:*

É evidente que o entendimento que melhor se amolda ao disposto nos artigos 7º e 8º é aquele conferido por esta C. CSRF no aludido precedente. Isto porque, como reconhecido nesta decisão, não há nesses dispositivos qualquer determinação no sentido de que o aproveitamento fiscal do ágio somente seria possível na ocorrência de confusão patrimonial envolvendo a o "real adquirente/investidor original".

Deveras, à luz do que dispõe tais dispositivos, para que seja possível o aproveitamento fiscal do ágio é necessário tão somente que haja a **confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém o investimento e o próprio investimento registrado com ágio** - tal como restou decidido no acórdão paradigma - de modo que haja o confronto entre a rentabilidade que fundamentou o ágio e as suas parcelas de amortização.

No caso concreto, **tendo em vista que a GLBBT era a sociedade que detinha as ações da Sky Brasil, adquiridas com ágio, e que houve um evento de incorporação entre essas sociedades, é notória a subsunção dos fatos ao que dispõe os artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97.**

Deste modo, requer-se que esta C. CSRF reconheça a incorreção da interpretação adotada no acórdão recorrido, determinando-se a sua reforma, de acordo com o que restou decidido no acórdão paradigma supracitado e, conseqüentemente, o cancelamento dos autos de infração originários deste processo.

Quanto à imputação de multa qualificada, que estaria pautada na *alegação de que a utilização de suposta "empresa-veículo" configuraria hipótese de fraude*, indica ter alegado em recurso voluntário que *esta seja aplicada deve estar presente a prática de atos dolosos por parte do contribuinte, o que não se verificou no caso concreto*. Aduz, neste sentido, que:

De fato, como abordado na peça recursal, **não há que se confundir a intenção do contribuinte de praticar os atos que foram objeto de desqualificação pela Autoridade Fiscal (no caso, a aquisição das ações da Sky Brasil pela GLBBT) com a intenção dolosa, necessária para que haja a qualificação da penalidade.**

Neste sentido, vale transcrever os ensinamentos do jurista Marco Aurélio Greco, cujos ensinamentos são, de forma corrente, referenciados pela Fiscalização em autuações fiscais envolvendo supostos planejamentos tributários:

[...]

Contudo, em que pesem os sólidos argumentos desenvolvidos na peça recursal, entendeu Turma Julgadora *a quo*, **por voto de qualidade**, que deveria haver a manutenção da multa qualificada, já que, conforme acusação fiscal consubstanciada no TVF, a utilização da GLBBT como "empresa veículo" configuraria hipótese fraude e sonegação. Veja-se:

[...]

Ocorre que tal entendimento não pode prevalecer, já que, **conforme reconhecido por esta C. CSRF no acórdão paradigma n.º 9101-003.074 (Doe. 10), a mera utilização de "empresa-veículo" com o objetivo de viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio não é suficiente para que haja a qualificação da multa de ofício**. Veja-se neste sentido os seguintes trechos do referido precedente:

[...]

Cita, ainda, o paradigma n.º 1301-003.226; afirma a divergência jurisprudencial e conclui que *tendo em vista que a Recorrente não realizou qualquer conduta dolosa e muito menos qualquer ato ilícito e que a decisão recorrida manteve a penalidade qualificada pelo simples fato de o ágio ter sido amortizado fiscalmente por meio da utilização de suposta "empresa veículo", deve ser, no mínimo, cancelada a multa no patamar de 150%, em linha com o quanto decidido nos acórdãos paradigmas indicados.*

Na sequência, confronta o posicionamento do acórdão recorrido de que *uma vez desqualificado os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, por suposta falta de propósito negocial e substância econômica, deveriam ser considerados como fraudulentos os registros relativos a essas operações e aplicada, em consequência, a multa de ofício no patamar de 150%. Aponta divergência com base no paradigma n.º 3301-004.593, segundo o qual a desqualificação de negócios jurídicos praticados pelo contribuinte não pode ser confundida com a fraude, necessária para a exigência da multa qualificada, bem como a partir do paradigma n.º 2202-003.605 que, ao analisar situação semelhante à dos presentes autos - atos supostamente praticados com o único objetivo de se alcançar uma economia fiscal -, concluiu-se que não estaria configurado o intuito fraudulento por parte do contribuinte, a ensejar a aplicação da multa qualificada, nos termos dos artigos 71 a 73 da Lei n.º 4.502/64. Assim, pede que seja reformada a decisão recorrida e, assim, afastada a multa qualificada aplicada nos presentes autos.*

Subsidiariamente defende a impossibilidade de qualificação da penalidade *pois o que teria ocorrido no caso concreto, quanto muito seria um erro por parte da Recorrente na interpretação da legislação fiscal. Argumenta que, conforme restou decidido nos acórdãos paradigma nos 1101-001.097 (Doe. 14) e 1302-001.950 (Doe. 15), sendo a matéria objeto da autuação fiscal controvertida na jurisprudência - como ocorre no caso da utilização de "empresa veículo" para aproveitamento fiscal do ágio - não há como haver a exigência da multa qualificada. E complementa:*

Deveras, tendo em vista que até hoje não existe consenso na jurisprudência acerca da (i) legitimidade do aproveitamento fiscal do ágio por meio da utilização de "empresa veículo", existindo decisões recentes favoráveis ao contribuinte, se tivesse ocorrido qualquer infração fiscal, o que se alega a título meramente argumentativo, esta seria decorrente de um equívoco na interpretação da lei, sendo, pois, totalmente incabível a exigência da multa qualificada de 150%.

Neste ponto, a corroborar o fato de que tal matéria é ainda hoje controvertida, vale destacar que a própria manutenção da multa qualificada nestes autos se deu por meio do **voto de qualidade**.

Deste modo, também por este motivo deve ser determinada a reforma da decisão recorrida, para que seja, no mínimo, cancelada a exigência da penalidade no patamar de 150%.

Finaliza requerendo o conhecimento e provimento do recurso especial, *determinando-se o cancelamento integral dos autos de infração originários desse processo administrativo.*

Os autos foram remetidos à PGFN em 08/03/2019 (e-fls. 3851), e retornaram em 13/03/2019 com contrarrazões (e-fls. 3852/3859) na qual a PGFN, inicialmente, discorre sobre o conceito de abuso de direito, expõe sua repercussão no âmbito tributário, afirma a aplicabilidade do art. 187 do Código Civil neste campo, e complementa:

Assim, diante do quadro doutrinário e jurisprudencial citado, embora seja lícito aos contribuintes perseguirem a redução de sua carga tributária, tal objetivo não pode ser levado a efeito mediante a prática de atos abusivos que, embora formalmente válidos, não o sejam em sua substância.

Ora, da leitura do detalhado termo de verificação fiscal sobressaem muito claras as razões que levaram o Fisco a considerar indedutível a despesa de amortização de ágio: não foram satisfeitas as condições estabelecidas na legislação para tanto.

Diante da natureza das operações e da cronologia dos fatos narrados – em particular das relações entre as partes do lado comprador, do fluxo dos recursos utilizados para a aquisição, bem como da brevidade extrema da GLBBT –, concluiu o Fisco que esta última não se apresentava como a real adquirente da SKY BRASIL, mas apenas uma carcaça jurídica constituída e inserida na operação com vistas a cumprir o requisito fiscal da lei tributária que autoriza a dedução antecipada do ágio pago na aquisição de um investimento, em exceção à regra geral prevista nos arts. 391 e 426 do RIR/99.

Segundo a recorrente isto caracterizou, supostamente, uma “capitulação exclusivamente doutrinária” da infração. A recorrente mostra perplexidade com a declaração do Fisco no sentido de que certas condutas, individualmente consideradas, podem ser lícitas, mas quando conjuntamente tomadas se mostram contrárias ao ordenamento jurídico. Causa-lhe espécie, também, a suposta ausência de dispositivo legal autorizador das medidas adotadas no lançamento.

Os dispositivos indicados no auto de infração como infringidos são os seguintes: art. 3º e 6º da Lei 9249/95; arts. 247 e 250 do RIR/99; art. 6º do DL 1598; art. 37 da Lei 8.981/95.

Tais dispositivos se referem às regras que determinam a apuração do lucro real, estabelecem entre outras coisas que o lucro líquido deve ser ajustado pelas adições e exclusões autorizadas em lei.

Outrossim, não se pode olvidar que o Termo de Verificação Fiscal é parte integrante do auto de infração, conforme consta expressamente consignado no próprio. Nele, todos os fatos e dispositivos legais que deveriam reger o procedimento do contribuinte na apuração do lucro real, em particular as regras dos artigos 385 e 386 do RIR/99, foram devidamente abordados.

Ora, tais dispositivos, em conjunto, refletem tudo quanto se apurou no presente caso, em que a recorrente buscou se beneficiar da dedução de despesas que de acordo com os fatos constatados eram indedutíveis, por falta de subsunção à hipótese legal que o autorizasse.

Talvez quisesse a recorrente que fosse indicado um dispositivo tratando especificamente do caso de “dedução de despesa artificialmente criada e/ou transferida a outrem por meio do uso de empresa veículo”. Contudo, como se sabe, é impossível ao legislador vislumbrar antecipadamente todos os tipos de atos que de alguma forma possam atentar contra o ordenamento jurídico. **Este, porém, é uno e não possui lacunas, podendo ser integrado por meio da interpretação das normas legais existentes, de forma a ser encontrado o Direito aplicável ao caso concreto.**

Os dispositivos mencionados revelam precisamente “a disposição legal infringida” pelo contribuinte, conforme exigido no artigo 10 do Decreto 70.235/72. Com efeito, deduziram-se despesas sem que se houvesse incorrido na hipótese legal autorizadora da dedução.

**Neste diapasão, cumpre salientar que não é necessário recorrer ao artigo 116 do CTN para que a autoridade fiscal prestigie a realidade fática em detrimento da roupagem formal dada pelos contribuintes a atos que em essência caracterizam o fato gerador da obrigação tributária.**

A autorização para proceder de tal forma advém de normas gerais que permeiam não apenas o direito tributário, mas que podem ser verificadas em todos os ramos do Direito.

Conforme aponta o artigo 114 do CTN, o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Essa “situação” é normalmente identificada como um fato jurídico, um ato natural ou humano que gera conseqüências no campo da tributação, por força de lei.

Nesse sentido, o fato gerador da obrigação tributária é um ato material, verificável e palpável no mundo dos fatos, mesmo que oriundo de um negócio jurídico. **De forma alguma, a autoridade administrativa pode ser constrangida a aceitar passivamente a qualificação formal/documental que o administrado dá a esse ato, se o mundo dos fatos a informa que ele possui qualificação jurídica diversa daquela manifestada nos documentos.**

Isso é elementar, e não precisa haver norma expressa que o diga. É corolário básico do ordenamento jurídico. **Ora, se o fato gerador corresponde a um ato material, passível de verificação no mundo dos fatos, por óbvio a apuração dos fatos efetivamente ocorridos deve prevalecer sobre a aparência formal retratada nos documentos, que tudo aceitam.**

**E o objeto de toda a argumentação fiscal no TVF é justamente demonstrar essa disparidade entre o documental e o fático**, que termina por revelar não ter havido na prática a reunião de patrimônios exigida pela legislação, entre adquirente e adquirida. *(destaques do original)*

Acrescenta referências ao art. 149, VII do CTN, que determina o lançamento de ofício nas circunstâncias presentes, mas não representa disposição legal infringida, mas sim regra geral dirigida à atividade administrativa de lançamento, razão pela qual os dispositivos legais estão validamente declinados no auto de infração, até porque:

**A primazia da substância sobre a forma decorre do próprio Direito, pois este incide sobre fatos.** Assim, a autoridade fiscal não deve ficar circunscrita à forma como as partes documentaram determinado acontecimento se outros elementos a convencem que o documentado não reflete a realidade.

Percebe-se, portanto, haver capitulação legal precisa para o auto de infração (não atendimento das condições de dedutibilidade estabelecidas nos artigos 385 e 386 do RIR/99), de modo que é dever de ofício da autoridade fiscal recompor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL por meio da glosa das despesas indedutíveis consideradas pelo contribuinte (art. 149, IV e VII).

Destarte, não existe qualquer ordem de nulidade no presente lançamento.

Requer, assim, que seja negado provimento ao recurso especial da Contribuinte.

Os autos foram sorteados para relatoria do Conselheiro Demetrius Nichele Macei, mas com sua dispensa promoveu-se novo sorteio.

## Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

### Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

Embora a PGFN não tenha questionado a admissibilidade do recurso especial, o delineamento das matérias a serem julgadas demanda sua definição em sede de conhecimento.

Com referência à primeira matéria (“nulidade do lançamento fiscal – ausência de base legal”), como relatado, a Presidência da 4ª Câmara inicialmente negou-lhe seguimento, sob os seguintes fundamentos:

Decisão recorrida:

*NULIDADE.*

*Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.*

[...].

*Da leitura do termo de verificação fiscal fica muito claro o embasamento que levaram a Autoridade Fiscal a aplicar a infração objeto do presente litígio.*

*Ademais, no trecho destacado do termo de verificação fiscal, fica bem demonstrada a capitulação aplicada. O auto de infração, que integra-se com o termo de verificação fiscal, está com as devidas capitulações e bases legais que o ensejaram.*

*Os dispositivos indicados no auto de infração como infringidos são os seguintes: art. 3º e 6º da Lei 9249/95; arts. 247 e 250 do RIR/99; art. 6º do DL 1598; art. 37 da Lei 8.981/95, e estão no auto de infração, lembrando-se que este se complementa com o termo de verificação fiscal.*

Acórdão paradigma nº 1302-001.977, de 2016:

*NULIDADE. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.*

*Não é passível de nulidade o lançamento tributário realizado em conformidade com as exigências legais impostas pelo art. 10 do Decreto nº 70.235/72 (PAF), quanto ao aspecto formal, e em observância aos ditames do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), quanto ao aspecto material.*

[...].

*Enfim, não se verifica dos autos, qualquer impropriedade técnica na autuação realizada para as exigências de IRPJ e CSLL, nem falhas que impediram a recorrente de compreender os remissivos legais infringidos, natureza dos fatos que ensejaram a tributação erguida, ou qualquer mácula aos artigos 10 do Decreto nº 70.235/72, ou 142 do CTN, capazes de causar qualquer nulidade de ordem formal ou material, muito menos houve ausência de motivação e fundamentação que pudessem impedir a recorrente de exercer o contraditório e sua defesa de forma ampla, aliás como o fez, sendo inaplicáveis ao caso em concreto as disposições dos artigos pertinentes aos processos administrativos federais e fiscais.*

Com relação a essa primeira matéria, não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por inexistir divergência de entendimento passível de uniformização.

Tanto na decisão recorrida, quanto no acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1302-001.977, de 2016), chegou-se à mesma conclusão, de que *o auto de infração, que integra-se com o termo de verificação fiscal, está com as devidas capitulações e bases legais que o ensejaram* (acórdão recorrido), ou seja, de que não houve *ausência de motivação e fundamentação que pudessem impedir a recorrente de exercer o contraditório e sua defesa de forma ampla, aliás como o fez* (acórdão paradigma).

Há que se destacar, ainda, que a afirmação da Recorrente, de que *os autos de infração seriam nulos, porquanto formalizados sem a devida capitulação legal* (e-fls. 2.279), constitui-se em juízo de mérito próprio, do qual pretende ela partir para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, juízo, esse, porém, que não se confirma com a leitura do inteiro teor do acórdão recorrido (destaque da transcrição):

[...].

*O auto de infração, [...], está com as devidas capitulações e bases legais que o ensejaram.*

*Os dispositivos indicados no auto de infração como infringidos são os seguintes: art. 3º e 6º da Lei 9249/95; arts. 247 e 250 do RIR/99; art. 6º do DL 1598; art. 37 da Lei 8.981/95, e estão no auto de infração, lembrando-se que este se complementa com o termo de verificação fiscal.*

Em face do agravo apresentado pela Contribuinte, a Presidente do CARF determinou o retorno dos autos à 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento para as seguintes providências:

Em seu agravo, a interessada protesta que a análise empreendida ter-se-ia desviado da divergência por ela alegada. Confira-se (e-fls. 3813/3814, grifos no original):

Ocorre que o entendimento supra é deveras equivocado, pois a **divergência jurisprudencial** suscitada pela Agravante em seu Recurso Especial diz respeito à **impossibilidade do artigo 187 do Código Civil ser utilizado como base legal para a lavratura de autos de infração**. E essa divergência de entendimentos é cristalina, conforme é possível notar do quadro abaixo:

[...]

Como é possível notar, **enquanto que no acórdão recorrido a Turma Julgadora entendeu pela possibilidade de o artigo 187 do código Civil ser utilizado como fundamento do lançamento fiscal, no acórdão paradigma prevaleceu posicionamento diametralmente oposto, no sentido de que “(...) se o legislador complementar exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não vejo como tal condição seja dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário”** (fl 46 – g.n.).

Logo, não deve haver dúvidas acerca da existência de divergência jurisprudencial em relação a essa matéria.

Efetivamente, é de se constatar que a análise feita por ocasião do exame de admissibilidade do recurso especial se desviou da divergência alegada. A leitura do recurso especial (tópico III.1, e-fls. 3038/3039) revela que o cerne da divergência jurisprudencial alegada se refere à aplicabilidade, ou não, do art. 187 do Código Civil para fins tributários, bastando para tanto a transcrição de dois parágrafos:

Analisando-se o trecho do acórdão recorrido que tratou desta matéria, nota-se que, no entendimento da Turma Julgadora *a quo*, o artigo 187 do Código Civil, que trata da figura do abuso de direito, teria (supostamente) servido de base legal para a lavratura dos autos de infração. [...]

[...]

Contudo, não há como prevalecer tal entendimento, porquanto, conforme restou decidido no acórdão paradigma n.º 1302-001.977 (Doc. 02), o artigo 187 do Código Civil não pode ser aplicado na esfera tributária. [...]

Observe-se que o título atribuído pelo sujeito passivo à divergência (*nulidade do lançamento fiscal - ausência de base legal*) e mantido no exame de admissibilidade, no agravo e no presente despacho, não é elucidativo quanto à divergência alegada. Na verdade, esse título se refere à consequência jurídica (pedido de decretação da nulidade do lançamento) pretendida pela recorrente, na hipótese de que seja tida por comprovada a divergência e, cumulativamente, que o Colegiado da CSRF decida por reformar o acórdão recorrido, fazendo prevalecer o entendimento do paradigma. Tudo isso poderá acontecer, ou não, em momento processual futuro.

Nesta fase processual, no entanto, cumpre avaliar objetivamente o atendimento aos requisitos regimentais, especialmente à demonstração da divergência alegada, para que seja dado ou negado seguimento ao recurso especial do sujeito passivo. E isso não foi feito adequadamente, no que tange a esta matéria. Fazê-lo agora, em sede de agravo,

implicaria invadir indevidamente a competência regimental do Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento.

Por tais razões, propõe-se que o agravo seja ACOLHIDO PARCIALMENTE para determinar o RETORNO dos autos à 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento para exteriorização do juízo de admissibilidade do recurso especial acerca da matéria intitulada “(1) nulidade do lançamento fiscal – ausência de base legal” nos termos em que alegada pela interessada (e-fls. 3038/3039).

Os acórdãos comparados efetivamente divergem quanto à aplicabilidade do art. 187 do Código Civil no âmbito tributário, mas é importante ter em conta que o provimento pretendido pela Contribuinte, neste ponto, foi por ela assim expresso:

Como se vê, conforme restou decidido, de modo acertado, no acórdão paradigma e de forma contrária ao entendimento que prevaleceu no acórdão recorrido, o artigo 187 do Código Civil não se presta a fundamentar a exigência de tributos, porquanto seu campo de aplicação se encerra na esfera privada.

Diante do exposto, tendo em vista a inaplicabilidade do artigo 187 do Código Civil na esfera tributária, requer-se que esta C. CSRF, em linha com o acórdão paradigma supracitado, determine, de plano, a reforma do acórdão recorrido, **declarando-se a nulidade dos autos de infração por ausência de base legal.**

O voto condutor do acórdão recorrido rejeita a arguição de nulidade do lançamento *por conta de “exclusiva capitulação doutrinária” da autuação*, e para tanto refere a acusação fiscal, na qual **destaca a expressa fundamentação no art. 187 do Código Civil**, acrescentando que:

Ademais, no trecho destacado do termo de verificação fiscal, fica bem demonstrada a capitulação aplicada. O auto de infração, que integra-se com o termo de verificação fiscal, está com as devidas capitulações e bases legais que o ensejaram.

O que vemos no termo de verificação é uma análise das operações e os fatos sendo narrados, as relações entre as partes e o fluxo de recursos utilizados para a aquisição, bem como a situação GLBBT, **concluindo a autoridade fiscal que esta não se apresentava como a real adquirente da Sky Brasil.**

Contudo, isso é a narrativa dos fatos ocorridos, na visão da autoridade fiscal, que a levaram às conclusões para lavrar a autuação.

Os dispositivos indicados no auto de infração como infringidos são os seguintes: art. 3º e 6º da Lei 9249/95; arts. 247 e 250 do RIR/99; art. 6º do DL 1598; art. 37 da Lei 8.981/95, e estão no auto de infração, **lembrando-se que este se complementa com o termo de verificação fiscal.** (*negrejou-se*)

O exame do paradigma, por sua vez, permite constatar que, embora a 2ª Turma da 3ª Câmara tenha, por unanimidade de votos, rejeitado a preliminar de nulidade do lançamento por ausência de base legal, porque a motivação e fundamentação da autuação permitira o exercício do direito de defesa, o tema agora posto foi recuperado na decisão de mérito, expressa no voto vencedor, que nega aplicação ao dispositivo legal em questão por ausência de regulamentação do art. 116, parágrafo único do CTN, e, em consequência, rejeita a afirmação de falta de propósito negocial, expressamente consignando que *não houve simulação e o abuso de direito ainda depende de regulamentação do art. 116, parágrafo único, para que seja aplicável no campo tributário*. Mas isto num contexto em que a falta de propósito negocial foi indicada no voto vencido como um dos fundamentos para negar dedutibilidade ao ágio amortizado, passando o voto vencedor a confrontá-los integralmente, nos seguintes termos:

Por último, sustenta a I. Relatora que *a jurisprudência dominante deste Conselho tem se inclinado no sentido de admitir a dedutibilidade do ágio nos casos de aquisição de participação societária quando presentes os seguintes requisitos:*

- 1- efetivo pagamento do custo total da aquisição, inclusive do ágio;
- 2- realização de operações entre empresas não ligadas entre si;
- 3- lisura na fundamentação do ágio: avaliação de empresas adquiridas / laudo confiável;
- 4- alteração do controle acionário após a absorção da empresa adquirida com ágio;
- 5- propósito negocial efetivo na incorporação realizada

Primeiro, registro que nunca me debrucei sobre o histórico das decisões do CARF acerca da matéria, mas, tomando com precedentes os pontos acima, vejamos o que segue.

Quanto ao efetivo pagamento, cabe esclarecer que não há norma que obste a integralização de capital com bens, ademais, se o conceito de pagamento em tal jurisprudência é um conceito estrito, essas decisões ofendem o próprio art. 36 da Lei 10.637/02, que previa expressamente a hipótese de ágio quando houvesse a integralização de capital com ações de outra empresa. Se há ganho de capital para o subscritor, há ágio para a investida.

Os óbices para o registro de ágio por expectativa de rentabilidade futura em operações entre empresas interligadas como também quando não houver a mudança de controle só surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a Lei 12.973/14. Será que a relatora quer fazer retroagir tal norma? Certamente que não.

Quanto à falta de propósito negocial, já demonstramos que não houve simulação e o abuso de direito ainda depende de regulamentação do art. 116, parágrafo único, para que seja aplicável no campo tributário. Assim, esvazia-se a acusação de falta de propósito negocial.

Quanto ao laudo, a Relatora nada questiona sobre os fundamentos ou métodos nele utilizados que pudessem por em dúvida a sua confiabilidade.

A divergência suscitada, portanto, deve ser compreendida nos limites do paradigma, ou seja, quanto à imprestabilidade do art. 187 do Código Civil para sustentar o lançamento tributário se os demais fundamentos expressos na acusação fiscal são, também, afastados, e não, como se poderia equivocadamente cogitar a partir do título atribuído à matéria e do pedido formulado no recurso especial, que a indicação daquele dispositivo legal na fundamentação da exigência ensejaria a nulidade do lançamento.

Contudo, releva notar que o paradigma em questão tem por premissa que *não houve simulação e o abuso de direito ainda depende de regulamentação do art. 116, parágrafo único*. Já no presente caso, como se verá adiante, o voto condutor do acórdão recorrido, para além de reconhecer o art. 187 do Código Civil como fundamento legal da autuação, afirma a existência de simulação no presente caso, e adiciona que houve abuso de direito para, também por esta razão, validar a exigência.

Assim, a discussão da matéria em questão só tem utilidade se a Contribuinte lograr caracterizar o dissídio jurisprudencial em face das demais objeções postas no acórdão recorrido, sob pena de a afirmação de existência de simulação, no presente caso, subsistir como diferencial impeditivo da caracterização do dissídio jurisprudencial.

Necessário, portanto, analisar o dissídio jurisprudencial constituído nas demais matérias que tiveram seguimento.

Os demais questionamentos da Contribuinte podem ser reunidos em dois grandes grupos: indedutibilidade das amortizações de ágio (agregando as matérias: (2) “impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial”, (3) “existência de propósito negocial em face de outras estruturas possíveis para o aproveitamento fiscal do ágio”, (4) “validade do propósito

*negocial em decorrência da motivação fiscal”, (5) “validade das supostas ‘empresas veículo’” e (6) “desnecessidade da confusão patrimonial entre ‘real adquirente’ e investimento adquirido com ágio”) e inaplicabilidade da multa qualificada (agregando as matérias (7) “impossibilidade de exigência de multa qualificada em razão de utilização de suposta empresa-veículo”, (8) “planejamento tributário não enseja aplicação de multa qualificada” e (9) “impossibilidade de exigência de multa qualificada – erro na interpretação da legislação fiscal”).*

Inicialmente no que se refere à indedutibilidade das amortizações de ágio, o voto condutor do acórdão recorrido está estruturado na interpretação dos arts. 20 e 25 do Decreto-lei nº 1.598/77 (arts. 385 e 391 do RIR/99) e do art. 7º da Lei nº 9.532/97 (art. 386 do RIR/99), firmando-se a premissa de que *as condições de dedutibilidade do ágio devem portanto ser observadas, quais sejam: absorção do patrimônio de pessoa jurídica na qual detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja expectativa de rentabilidade futura.*

Na sequência, rejeita-se GLBTT como adquirente do investimento na autuada, vez que *Directv, Directv Group, GLA Brasil e GLBBT, como compradoras, firmaram um acordo em 2010 que as compradoras adquiririam 178.830.000 quotas da Sky Brasil, detidas pelas vendedoras e GLBBT só integraria o quadro societário da Sky Brasil quando do fechamento do contrato, momento que surgiria o ágio para aquela (GLBBT), sendo incorporada no dia seguinte. Ademais, GLA Brasil propiciou os recursos para a parte adquirida pela GLBTT; GLBTT estava inativa até o começo desta reorganização societária; a operação de reorganização societária se deu sem nenhuma finalidade negocial; e os prazos para as operações envolvendo as GLBTT foram de um dia, entre a aquisição e sua incorporação.*

O voto condutor do acórdão recorrido passa, então, a referir outros argumentos para concluir que houve simulação e que a operação não teria substância negocial:

Para a realização da operação acima, houve a assinatura de instrumentos para aplicar o devido direito de preferência, chamados de acordos de troca, ocorridos em 2004, em 2006 e em 2010, entre as empresas envolvidas na reorganização societária, e até a GLBBT só é citada e entra na operação em 16/12/2010, ao final das tratativas.

Do detalhamento desta situação supracitada da entrada na operação da GLBBT, peço a vênio e cito excerto do v. acórdão recorrido a respeito:

[...]

Pelo relatado acima, conforme o termo de verificação e a documentação aposta para subsidiá-lo, bem como as análises realizadas no v. acórdão recorrido, que, quando da compra das quotas da Sky Brasil, em 16/12/2010, a GLBBT tinha como única sócia a GLA Brasil que, na verdade, arcou com todo o desembolso em dinheiro utilizado na transação, tendo a GLBBT servido apenas como intermediária no repasse dos recursos, ou seja, como colocado pelo autuante, a GLA possuía então 74,10% da participação no capital social da Sky de forma direta e 18,90% de forma indireta.

Em resposta ao questionamento da autoridade fiscal, esclareceu que o aporte de R\$ 959.138.578,00 foi transferido à GLBBT pela GLA. (fls. 1735).

Sobre a GLBTT, cabe destacar que a recorrente tenta justificar seu papel na operação e até lhe dar ares de empresa ativa, o que não prospera, o que foi rebatido, conforme o termo de verificação, às fls. 1736:

[...]

Além do mais, faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, e esta poderia ser obtido da mesma forma sem a participação da GLBBT. Sua participação foi essencialmente para fins tributários.

Como discorrido às fls. 1741/1746 do Termo de Verificação Fiscal, em que a autoridade fiscal conclui que a participação da GLBBT foi unicamente para gerar economia tributária na operação, no valor de R\$ 282.004.743,00, conforme excerto abaixo:

[...]

Posteriormente, no termo de verificação fiscal, a autoridade fiscal discorre sobre a divergência na quantificação do ágio de rentabilidade futura existente entre a escrituração contábil da GLBBT, Sky Brasil e GLA Brasil.

Assim, do todo relatado acima, fica claro que **houve simulação da compra de quotas da Sky pela GLBBT, quando o real comprador foi a GLA Brasil**, visando somente viabilizar a amortização do ágio pela Sky, gerado na compra de quotas da própria Sky, reduzindo assim a carga tributária.

Conforme bem descrito no TVF:

[...]

Destarte, analisando-se a operação de reorganização societária realizado pelas empresas (GLA Brasil, Sky Brasil, com figuração especial de GLBBT), entendo que a GLBBT, até 15/12/2010, estava inativa.

Em 16/12/2010, a GLBBT, com recursos da sua única sócia GLA adquire 18,90% da Sky, fazendo a GLA ter 93% da participação da Sky, com 74,10% registrado em contabilidade, e 18,90% via GLBBT.

Em 17/12/2010, a recorrente (Sky) incorpora a GLBBT, o que fez a participação da GLA na Sky ser diretamente de 93%.

Ou seja, a GLBBT tem praticamente só dois dias de vida ativa, no quais incorpora e é incorporada, sem ter sido citada anteriormente nas negociações preliminares, é algo típico de uma empresa veículo.

Nas palavras do v. acórdão recorrido, que acompanho na íntegra:

Com essa figuração pífia, com duração de apenas um dia de sobrevivida (ou no máximo dois, considerando-se o dia 15/12/2010 em que os recursos começaram a ser injetados na empresa veículo), da GLBBT no esquema engendrado pela GLA e Sky, pretendia-se viabilizar a amortização do ágio de si mesma na Sky que reduziria sua carga tributária. Situação de interesse tanto da Sky como da GLA, com 93% de participação na primeira. **Resta caracterizado que houve simulação da compra de 18,90% da Sky pela GLBBT, visando a sonegação de tributos.**

Pelo todo exposto, não se consegue ver a motivação econômica para a reestruturação societária aqui analisada. O que houve foi um rearranjo, que buscou-se ser juridicamente válido, mas sem substrato econômico, com a participação de empresa veículo efêmera (GLBBT) com um único intuito, redução da carga tributária.

No termo de verificação fiscal, conforme acostado nos autos, mostra-se que, com base nas informações prestadas à administração tributária, através da entrega de suas declarações de rendimentos, no período de 2008 a 2010, a GLBBT esteve efetivamente inativa. O fato de se inscrever em processo licitatório, sem qualquer condição de ganhar a concorrência, não é prova suficiente de se encontrar em atividade.

Fica ainda mais claro no termo de verificação fiscal que não houve fundamento econômico para a reestruturação societária ocorrida, quando se analisa todas as etapas da reestruturação societária que culminaram com o aumento da participação no capital social da Sky pela GLA Brasil.

Todos os atos formais foram desprovidos de qualquer racionalidade econômica, conforme se destaca no seguinte excerto do TVF a respeito:

[...]

Pelo todo acima exposto, não houve justificativa econômica para a participação efêmera da GLBBT na compra das quotas da Sky. Objetivou-se ocultar a real operação societária,

que foi a compra das quotas da Sky pela GLA Brasil, possibilitando a incorporação da GLBBT pela Sky a amortização do ágio de si mesma. Isto também está muito claro na autuação fiscal:

[...]

Em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos dos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a simples incorporação da pessoa jurídica. Entre as condições e requisitos previstos, é necessário que haja a absorção do investimento;

A mera transferência ou colocação de uma empresa veículo com ágio entre investidora e investida, ao final, quando incorporada aquela veículo, demonstra que o que houve foi a extinção da veículo, não da participação adquirida com ágio.

A interposição da GLBBT entre a GLA Brasil e a Sky Brasil, teve como único objetivo o de permitir o aproveitamento do ágio, o que afasta das condições exigidas pela lei de forma a permitir a sua utilização, **vez que se tratou de um artifício jurídico sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica.**

**Apesar de ser uma operação formalmente lícita, não contém substância negocial. Foi criada para contornar norma tributária, em prejuízo ao Erário. (negrejou-se)**

Por fim, o voto condutor do acórdão recorrido refere a acusação de abuso de direito contida no Termo de Verificação Fiscal, e conclui:

Como evidenciado acima, **a situação até agora posta se enquadra na hipótese legal contida no artigo 187 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), acima transcrito, e não se enquadra nos requisitos do artigo 386 do RIR/99 que tratam de amortização de ágio.**

A recorrente alega que a empresa veículo foi utilizada como meio legal de “push down accounting”, e ainda que a utilização da empresa veículo não gerou benefício ou vantagem fiscal ilegítima.

Conforme a doutrina, push down accounting é um método de avaliação de passivos e ativos, em que quando há aquisição do controle acionário de uma empresa subsidiária (adquirida ou investida), esta passa a adotar uma nova base contábil (fair value) para seus ativos e passivos, a partir do preço pago pela empresa controladora pela aquisição da subsidiária

Contudo, como demonstrado acima, com base na legislação vigente em 31/12/2007, válida para fins tributários no período fiscalizado, não havia respaldo legal para amortização do ágio de rentabilidade futura, sem a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida.

Alegar que a função da GLBBT foi de proporcionar outras consequências de ordem empresarial e não viabilizar a apuração e amortização do ágio, sem trazer qualquer elemento que demonstre que consequências foram essas, que se completaram em apenas um dia de sobrevida da referida empresa, não é aceitável. Até porque, a única consequência que restou provada foi a amortização do ágio que aqui se demonstrou indevida.

A contabilização divergente na GLA e na GLBBT, apontada pelo autuante, serviu somente como apêndice à demonstração do caráter fictício da operação que gerou a amortização do ágio.

Entretanto, cumpre ressaltar que se os lançamentos realizados têm caráter reflexivo, como alegado pela recorrente, os valores escriturados tinham que manter correspondência, uma vez que a GLA, ao final de toda a transação, aumentou sua participação na Sky em exatos 18,90%, ou seja: na totalidade da venda realizada.

Analisando as situações de ágio, e qual se enquadra a recorrente, cabe o que consta no v. acórdão recorrido, por bem enquadrar o ágio na situação de ágio transferido, do qual é pago entre partes independentes, valendo-se de uma empresa veículo.

Pelo acima exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto ao mérito.

Nas matérias (2) “*impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial*” e (4) “*validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal*”, o recurso especial da Contribuinte teve seguimento com base no mesmo paradigma referido na primeira matéria, Acórdão n.º 1302-001.150, e também pelo paradigma n.º 1302-002.045.

Registre-se, inicialmente, que o paradigma n.º 1302-001.150 foi rejeitado pela maioria deste Colegiado no Acórdão n.º 9101-006.011<sup>3</sup>, quanto à caracterização de dissídio jurisprudencial em face do Acórdão n.º 1402-002.968, mas isto em razão das circunstâncias específicas do caso lá sob análise, conforme exposto pelo relator, Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto:

Conforme se observa, no caso concreto, o Grupo John Deere, controlado por empresas situadas no exterior, já possuía uma holding no Brasil (JD Participações).

Contudo, para operacionalizar o aumento do investimento no Brasil, suas controladoras aportaram recursos mediante integralização de capital em JD Participações e mútuo em uma nova holding (JD Brasil). E, essa holding não aportou os recursos diretamente na aquisição de ações da investida (SLC), mas sim, conforme descrito inclusive no Termo de Constatação Fiscal (fl. 2890) em uma empresa também considerada veículo (Evaux – criada e interposta pelo Grupo Schneider Logemann) em uma operação conhecida e apelidada de “casa-separa”.

E, ao contrário do alegado pela Recorrente no sentido de que a decisão recorrida teria ignorado o argumento da autoridade fiscal de que Evaux – constituída pelo Grupo Schneider Logemann - também seria uma empresa veículo, resta evidente que tal circunstância foi importante na decisão proferida pelo colegiado *a quo*, a ponto de transcrever-se passagem do Termo de Constatação Fiscal que ressalta essa peculiaridade da operação. Confira-se:

No caso, a Recorrente utilizou-se da empresa veículo JDB de forma que na incorporação às avessas pela SLC houvesse a confusão patrimonial necessária para fazer jus à amortização do ágio. Trata-se de procedimento arquitetado de forma artificial, simulada e dolosa entre os dois grupos controladores da SLC - John Deere S.A. com o fim exclusivo de economia tributária conforme verifica-se pela descrição da Autoridade Fiscal:

"No caso em exame, não há causa econômica (além da economia fiscal) para a criação da "empresa veículo" John Deere do Brasil Ltda. (CNPJ n.º 02.978.822/0001-77), que é usada apenas como artifício para a dedutibilidade do ágio pago pela aquisição das ações da SLC - John Deere S.A. (CNPJ n.º 89.674.782/0001-58 - atual John Deere Brasil Ltda. - a contribuinte), frise-se, por esta mesma empresa (contribuinte), tanto assim que logo aquela é incorporada a esta sem nem ao menos haver entrado em atividade (pela conceituação adotada pelo RFB para

<sup>3</sup> Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício) e divergiram no conhecimento os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Gustavo Guimarães da Fonseca, votando pelas conclusões aos Conselheiros Livia De Carli Germano e Alexandre Evaristo Pinto.

fins de entrega da declaração da Pessoa Jurídica Inativa). Não há, portanto, a presença de um dos elementos essenciais intrínsecos ao negócio jurídico: a vontade, ânimo, das partes em exercer atividade econômica por meio da John Deere do Brasil Ltda. (CNPJ n.º 02.978.822/0001-77). Há, no caso, claro divórcio entre a vontade real e a vontade ostensiva. É revelador que a John Deere do Brasil Ltda. (CNPJ n.º 02.978.822/0001-77) seja denominada "empresa veículo", e também o foi, até sua cisão parcial, a Evaux Participação S.A. (CNPJ n.º 02.699.849/0001-20), uma vez utilizada somente para materializar a "troca" das ações da SLC - John Deere S.A. (CNPJ n.º 89.674.782/0001-58 - atual John Deere Brasil Ltda. - a contribuinte) pelos recursos financeiros internalizados por Deere & Company no país.[destaques ora inseridos]

Por outro lado, nos paradigmas colacionados pela Recorrente, a situação fática enfrentada pelos respectivos colegiados era significativamente distinta da tratada nos presentes autos.

No Acórdão paradigma n.º 1302-001.150 – Caso Multiplan, ao contrário do examinado no acórdão recorrido, a investidora estrangeira não possuía investimento no mesmo ramo em que atuava a empresa alvo da nova aquisição, tampouco uma holding já existente no Brasil. Confira-se excerto daquele julgado:

*[...] um investidor estrangeiro (1700480 ONTARIO INC) aporta capital em uma empresa (BERTOLINO), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (MTE) e, a seguir, esta incorpora aquela.*

E, para além da inexistência de outra holding no país pelos investidores estrangeiros, o investimento realizado, após aporte de recursos em Bertolino (holding criada no Brasil), o investimento se deu diretamente na empresa operacional (MTE) adquirida com ágio, posteriormente incorporada por sua investidora direta (Bertolino), inclusive sem participação em operação de “casa-separa”. No acórdão recorrido, por sua vez, conforme já salientado, além da existência de uma holding anterior no Brasil detida diretamente pelos investidores estrangeiros e que inclusive já possuía investimento na empresa operacional objeto de incorporação, o aporte de recursos se deu mediante subscrição de ações com ágio (e não aquisição de ações com ágio) em uma empresa que não era a operacional (Evaux) e que tampouco foi objeto de incorporação pela nova holding criada no Brasil (JD Brasil).

Ainda, outra rejeição do mesmo paradigma se verificou no Acórdão n.º 9101-005.935, também por maioria de votos<sup>4</sup>, e novamente em razão de circunstâncias específicas do caso lá recorrido, conforme exposto no voto vencedor de lavra desta Conselheira:

Na matéria “amortização de ágio – empresa veículo”, o recurso especial da Contribuinte teve seguimento em face dos paradigmas n.º 1302-001.182 e 1302-001.150, porque, nos termos do despacho de admissibilidade:

*Enquanto a decisão recorrida entendeu que, a despeito da tentativa do grupo econômico de tentar transferir para o Brasil o ágio pago pela sociedade estrangeira, via a empresa veículo criada, a legislação nacional não autoriza que tal ágio seja aqui amortizado, nos termos do art. 386 do RIR/99, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da sociedade nacional, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 1302-001.182, de 2013, e 1302-001.150, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a*

<sup>4</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Lívia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator) e Caio Cesar Nader Quintella.

*matriz no exterior deseja* (primeiro acórdão paradigma) e que *o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada* (segundo acórdão paradigma).

Nesta síntese já é possível identificar dessemelhança relevante: enquanto o Colegiado *a quo* não admitiu a conduta de *transferir para o Brasil o ágio pago pela sociedade estrangeira, via a empresa veículo criada*, os paradigmas analisaram a *conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja*, ou seja, de *o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio*. Como se vê, enquanto nos paradigmas a adquirente é a subsidiária no Brasil e os alienantes são nacionais, no recorrido a adquirente e a alienante são sociedades estrangeira, sendo que a primeira, depois de captar recursos no exterior para tal aquisição, aporta em empresa veículo nacional o investimento que se interpreta adquirido no exterior.

Considerando que não foram opostos embargos de declaração ao acórdão recorrido, as premissas fáticas para avaliação do dissídio jurisprudencial são aquelas afirmadas no seu voto condutor, do qual destaca-se:

Diante da cronologia dos fatos, é possível perceber que **o ponto crucial que macula a absorção do ágio pretendido está no fato de que o pagamento foi realizado no exterior** (mesmo que tenha se dado entre partes não relacionadas). Se por um lado o fato de ter havido efetivo pagamento conta como ponto favorável à Recorrente, aproximando-se da situação de transação entre partes independentes; existe uma outra circunstância determinante para macular o efetivo aproveitamento desse ágio. **A questão mais relevante aqui é que, se existir o ágio, o mesmo foi percebido pela empresa no exterior, e não no Brasil, como foi efetivamente o caso.**

Nesse contexto, não há como se deduzir que, a partir das operações realizadas no exterior, possa existir um ágio no Brasil em decorrência de referida aquisição. *(negrejou-se)*

É certo que o voto condutor do acórdão recorrido traz o relato que EPD PARTICIPAÇÕES recebeu da sócia estrangeira VEYANCE INC o valor de R\$ 144 milhões em 31/07/2007, sendo R\$ 126 milhões a título de empréstimo e R\$ 18 milhões a título de aumento de capital, e nessa mesma data pagou R\$ 144 milhões a THE GOODYEAR TIRE & RUBBER COMPANY pela aquisição de EDP ENGENHARIA, registrando ágio de R\$ 60 milhões que passa a ser amortização a partir de 30/09/2007, quando EPD ENGENHARIA incorpora a EPD PARTICIPAÇÕES. Sob a ótica apenas desses eventos seria possível interpretar que o pagamento foi realizado no Brasil, e não no exterior.

Contudo, a afirmação destacada do voto condutor do acórdão recorrido é precedida pela descrição dos passos anteriores da operação, dos quais destaca-se a formalização, em 23/03/2007, de *contrato de compra e venda global que envolve todos os bens, direitos e obrigações relativos à divisão de indústria e comércio de produtos de engenharia* do grupo internacional GOODYEAR, representado pela controladora norte americana THE GOODYEAR TIRE & RUBBER COMPANY, firmado com o grupo internacional CARLYLE, representado por suas controladoras norte americanas EPD INC e VEYANCE INC. Mais à frente, o voto condutor do acórdão recorrido reporta o fato de VEYANCE INC ter captado recursos no exterior antes de transferi-los à EPD PARTICIPAÇÕES, para assim concluir:

Logo, ao contrário do que entende o recorrente, o contrato celebrado no Brasil não possui a autonomia pretendida a fim de determinar que o real adquirente das quotas era a EPD PARTICIPAÇÕES. **O contrato realizado no Brasil era apenas um instrumento assessório que visava a materializar o contrato principal, segundo o qual a empresa adquirente era a VEYANCE INC.** Tanto o contrato brasileiro apresentava natureza assessória que na sua celebração

a VEYANCE INC sequer participou. Ou seja, **esse contrato não criava obrigações a essa empresa uma vez que seus deveres de compradora já estavam previstos no contrato principal.**

Assim, diante do verdadeiro contrato de compra e venda que embasou o negócio celebrado, a **VEYANCE INC captou recursos no exterior** e os transferiu para a EPD PARTICIPAÇÕES, a qual no mesmo dia os transferiu para o grupo GOODYEAR. Portanto, não obstante a EDP PARTICIPAÇÕES tenha recebido os recursos por meio de integralização do seu capital e de empréstimo, e, no mesmo dia, os tenha destinado ao grupo GOODYEAR, vê-se que **na realidade tal pagamento foi realizado diretamente pela VEYANCE INC.** No mesmo dia em que os recursos ingressaram no Brasil por meio do patrimônio da EDP PARTICIPAÇÕES saíram.

Assim, como ressaltado, a **VEYANCE INC fora a empresa que contratualmente assumiu o compromisso de adquirir as quotas da EPD ENGENHARIA** e que ao final o fez. O patrimônio da EDP PARTICIPAÇÕES apenas serviu como uma aparente “ponte”. Tal como destacado pela Fiscalização, o grupo CARLYLE poderia perfeitamente ter realizado tal pagamento diretamente nos Estados Unidos. Mas não, pelos motivos que serão adiante tecidos, preferiu “dirigir” o pagamento por meio do Brasil.

No entanto, **além de ter suportado o ônus da aquisição, a VEYANCE INC também foi a empresa que ao final acabou detendo de forma direta as quotas da EPD ENGENHARIA.** Tal consequência ocorreu quando, dois meses depois da sua aquisição, houve a sua incorporação pela EDP PARTICIPAÇÕES.

Dessa forma, com base no contrato celebrado, na origem dos recursos e no destino final das quotas, não há como fechar os olhos ao filme que se forma. Não obstante a participação da EDP PARTICIPAÇÕES, a VEYANCE INC fora a real adquirente da EPD ENGENHARIA. A VEYANCE INC fora a empresa que assumiu o compromisso e desembolsou R\$ 144 milhões em troca da totalidade das quotas da EPD ENGENHARIA. Assim, em que pese o recorrente afirmar que a referida empresa estrangeira não participou da aquisição, pois não efetuou o pagamento e não passou a deter as quotas adquiridas, na verdade, olhando o filme completo das operações, vê-se que tais aspectos foram cumpridos pela VEYANCE INC. *(negrejou-se)*

Nestes termos, o fato de haver um contrato principal de aquisição firmado entre os grupos internacionais no exterior, bem como a captação dos recursos ter ocorrido também no exterior, antes de serem aportados pela controladora na empresa brasileira, são elementos determinantes para a conclusão de que a conduta analisada nestes autos consistiu em *transferir para o Brasil o ágio pago pela sociedade estrangeira, via a empresa veículo criada.*

[...]

Em linhas semelhantes ao primeiro, o segundo paradigma (Acórdão nº 1302-001.150) trata de operação na qual investidor estrangeiro constitui subsidiária brasileira na qual aporta recursos para aquisição de ações de sociedade brasileira, seguindo-se, inclusive, a abertura de seu capital depois da referida aquisição. Daí porque as mesmas ressalvas postas do paradigma anterior estão reproduzidas no voto condutor deste julgado:

Da simples leitura do TVF, nota-se que a autoridade fiscal nega em verdade o permissivo legal criado pelos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, ou seja, estamos diante de uma situação em que foi efetivamente pago o ágio (não se trata de planejamento com base no art. 36 da Lei 10.637/02), no qual um investidor estrangeiro (1700480 ONTARIO INC) aporta capital em uma empresa (BERTOLINO), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (MTE) e, a seguir, esta incorpora aquela.

Da mesma forma, não estamos diante do planejamento de transferência de ágio externo (aquele decorrente do processo de privatização, em que o investidor se

utiliza de empresa veículo para transferir o ágio que pagou no leilão de privatização para a empresa operacional adquirida). Trata-se aqui de aplicação direta do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 sem utilização de empresa veículo, pois a autoridade fiscal se insurge contra o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio. Por certo, entendeu a autoridade fiscal que estaria obrigado o investidor a optar por adquirir diretamente as ações da recorrente com ágio, pois aí não teria como se valer das referidas normas – caminho mais oneroso.

Mais uma vez não se trata, nesse paradigma, de transferência de ágio externo, assim como não há qualquer menção à anterior captação de empréstimos pela investidora estrangeira, circunstância referida em reforço, no acórdão recorrido, para afirmá-la como adquirente do investimento e titular do ágio tido por indevidamente amortizado no Brasil. Confirma-se, portanto, que referido paradigma apenas analisou a hipótese de *o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio.*

Neste último julgado, portanto, o ágio formou-se em operação com pagamento no exterior, seguindo-se sua transferência para amortização no Brasil.

Já aqui há similitude suficiente, distinguindo-se o caso presente e o analisado no paradigma n.º 1302-001.150 apenas porque o investidor estrangeiro (DIRECTV) aportou capital na sociedade brasileira GLA BRASIL, que nos dias seguintes integralizou o mesmo montante no capital de GLBBT, para que esta promovesse a aquisição antes negociada. Vale a transcrição da acusação fiscal neste sentido:

Nos dias 10 e 16/06/2010, respectivamente, ocorreram os desdobramentos da notificação acima, onde (i) a DIRECTV, sociedade de capital aberto listada na NASDAQ, notificou a GCP que conduziria a operação como a Sociedade Realizando a Troca, em virtude da DirecTV Group ser sua subsidiária integral, e ofereceu ações de sua emissão, avaliadas em US\$ 472.468.860,00 (quatrocentos e setenta e dois milhões, quatrocentos e sessenta e oito mil, oitocentos e sessenta dólares norte-americanos) como contraprestação pelas 178.830.000 (cento e setenta e oito milhões, oitocentas e trinta mil) quotas da Sky Brasil, e (ii) a GCP rejeitou o valor proposto pela DIRECTV, estranhou a substituição da DirecTV Group pela DIRECTV e decidiu por “nomear um Banco para calcular o valor das Ações Sujeitas a Troca na data da Notificação de Troca”.

Nos dias 27/08/2010 e 03/11/2010 são realizados aditamentos ao Acordo de Troca de 2004 a fim de consignar os bancos avaliadores que foram contratados pela GCP e DIRECTV e, entre outras questões, o prazo para entrega das avaliações.

Como demonstrado até aqui, em nenhum momento houve referência a empresa veículo GLBBT.

b) Estrutura Societária com a interposição da GLBBT na Operação :

Em 16/12/2010, ao término das tratativas iniciadas em 01/06/2010, as partes definiram o preço final das 178.830.000 (cento e setenta e oito milhões, oitocentas e trinta mil) quotas da Sky Brasil e decidiram, também, que a contraprestação pela venda seria efetuada em dinheiro e uma nota promissória garantida pela DIRECTV.

É nesse momento que verificamos a entrada da GLBBT na operação.

Vejamos a tradução juramentada do contrato de compra e venda” abaixo transcrito, em parte (...)

Das informações acima, podemos extrair que (i) o Acordo de Troca de 2004, de 08/10/2004, disciplinava os requisitos para uma operação de compra e venda (ii) que o acerto do preço foi efetuada entre a DirecTV Group e a GCP (iii) que a GLBBT foi a empresa escolhida pela DirecTV Group para efetuar o pagamento de US\$

604.767.294,00 (seiscentos e quatro milhões, setecentos e sessenta e sete mil, duzentos e noventa e quatro dólares norte-americanos) (iv) que a nota promissória entregue pela GLBBT seria garantida pela DIRECTV; (v) a conclusão da transação ocorreu em 16/12/2010, ocasião em que a GLBBT passou a integrar o quadro societário da Sky Brasil (vi) que a Sky Brasil pagaria na data do fechamento da transação R\$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de reais) em dividendos, proporcionais à participação resultante após a operação (vii) as vendedoras auxiliariam na concretização da incorporação da GLBBT pela fiscalizada.

Mister esclarecer que, os recursos advindos do exterior, no valor de R\$ 696.315.000,00 (seiscentos e noventa e seis milhões e trezentos e quinze mil reais), foram integralizados inicialmente no capital social da GLA Brasil pela sócia DIRECTV LATIN AMERICA LLC (EUA), integrante dos Controladores GLA. Destes recursos, internalizados em 14/12/2010, R\$ 692.364.117,00 (seiscentos e noventa e dois milhões, trezentos e sessenta e quatro mil e cento e dezessete reais) foram integralizados pela GLA Brasil no aumento do capital social da GLBBT.

Também na ocasião, a GLA Brasil integralizou outro aumento de capital na GLBBT, no valor dos dividendos de R\$ 266.764.461,00 (duzentos e sessenta e seis milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e um reais) recebidos da Sky Brasil.

Estes recursos foram utilizados pela GLBBT nos pagamentos efetuados a GCP e Distel.

(...)

Em decorrência, GCP e Distel reconhecem o ganho de capital oriundo da venda de 18,90% de participação na Sky Brasil e a GLBBT por sua vez, reconhece um ágio de rentabilidade futura de R\$ 829.425.715,00 (oitocentos e vinte e nove milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil, setecentos e quinze reais).

Em vista dos recursos injetados na GLBBT, a GLA Brasil, até então detentora de 74,10% de participação, passa a deter indiretamente mais 18,90% do capital social da fiscalizada.

Por seu turno, a GLBBT registra em sua contabilidade o ágio decorrente do investimento efetuado na Sky Brasil na conta contábil abaixo (...)

Assim, embora à semelhança do caso analisado no precedente n.º 9101-006.011, o adquirente estrangeiro também já possuísse uma *holding* no Brasil antes da interposição de GLBBT, não houve aqui o passo intermediário destinado à operação casa-separa lá referida. É o que se infere aqui quando a autoridade lançadora apenas registra que *GCP e Distel reconheceram o ganho de capital oriundo da venda de 18,90% de participação na Sky Brasil*. Logo, o fato de o investidor estrangeiro aportar o capital em uma sociedade nacional para que esta aumentasse capital de GLBBT, e esta segunda pessoa jurídica figurasse como adquirente do investimento, não representa diferencial relevante em relação à operação analisada no paradigma n.º 1302-001.150.

Quanto ao segundo paradigma (Acórdão n.º 1302-002.045), trata-se de decisão recentemente revisitada por este Colegiado em razão do recurso especial contra ele interposto pela PGFN, ao qual foi negado conhecimento por maioria de votos<sup>5</sup> no Acórdão n.º 9101-006.037, nos termos do voto vencedor desta Conselheira:

Na primeira matéria, o recurso fazendário teve seguimento com base nos paradigmas n.º 9101-002.188 e 9101-002.428. A PGFN partiu da premissa que *o acórdão recorrido aceitou a possibilidade de amortização de ágio, apesar da interposição de empresa*

<sup>5</sup> Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente), e divergiu na matéria a Conselheira Andrea Duek Simantob (relatora).

*veículo e, sob esta ótica, afirmou o dissídio jurisprudencial em face do paradigma n.º 9101-002.188 porque, tanto no acórdão recorrido quanto no paradigma, verifica-se que o reconhecimento da existência legal das empresas intermediárias/veículo, assim como da validade da operação e consequente existência de ágio, sendo que para o paradigma a amortização com efeitos fiscal somente se verifica acaso existente a confusão patrimonial entre a real investidora e investida, ainda que se afirme a inocorrência de simulação. Já o paradigma n.º 9101-002.428 também trataria de transferência de ágio por meio de empresa veículo, sendo afastada a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículo), diversamente do acórdão recorrido.*

Extraí-se da transcrição da acusação fiscal, presente no relatório do acórdão recorrido, que a operação examinada pelo Colegiado *a quo* teve em conta empresa-veículo constituída antes da aquisição e que figurou como adquirente do investimento com pagamento de ágio, muito embora com a assunção de obrigações equivalentes pelas pessoas jurídicas consideradas reais adquirentes. Veja-se:

[...]

Estas as premissas para a autoridade fiscal concluir, nas palavras do relator do acórdão recorrido, ex-Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, que GRAPPA, *além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, segundo a fiscalização, sendo seu único propósito o de conduzir ilicitamente o ágio.* Este entendimento foi refutado no voto condutor do acórdão recorrido, concluindo-se o que, *tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, seria indevida a glosa procedida, bem como a qualificação da multa de ofício.*

A circunstância de a aquisição ter sido promovida pela pessoa jurídica interposta tem sido determinante para a caracterização de dissídios jurisprudenciais nesta temática. No Acórdão n.º 9101-005.790, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli foi acompanhado pela maioria deste Colegiado<sup>6</sup> para negar a caracterização da divergência em face do paradigma n.º 9101-002.188, em razão daquela ocorrência específica estar presente no recorrido, mas não no paradigma:

[...]

No Acórdão n.º 9101-005.869 este Colegiado, à unanimidade<sup>7</sup>, acompanhou o entendimento assim manifestado pela Conselheira Livia De Carli Germano:

[...]

Esta Conselheira acompanhou tais entendimentos, e apenas se manifestou de forma diferenciada no voto vencido abaixo transcrito, proferido no Acórdão n.º 9101-005.907<sup>8</sup>, dado o caso ali sob análise, apesar de apresentar o mesmo diferencial aqui referido, contar com a excepcionalidade de a decisão de 1ª instância reformada no acórdão lá

---

<sup>6</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

<sup>7</sup> Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia deCarli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, LuizTadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente), e votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

<sup>8</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausente a Conselheira Andréa Duek Simantob. Acompanharam o voto vencido os Conselheiros Luiz Augusto Souza Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella.

recorrido ter se fundamentado, justamente, nas razões de decidir do paradigma n.º 9101-002.188:

[...]

O posicionamento da maioria do Colegiado, porém, foi assim reiterado no voto vencedor da Conselheira Lívia De Carli Germano:

[...]

Também aqui, pelas mesmas razões, deve ser rejeitado o paradigma n.º 9101-002.188: a operação lá analisada teve em conta investimento adquirido com ágio por investidora que depois aportou esta participação societária em pessoa jurídica interposta, sendo esta, na sequência, extinta por incorporação da investida. No presente caso, as evidências são de que GRAPPA promoveu a aquisição da atuada e foi constituída antes da celebração dos atos de aquisição, ainda que neles tenha figurado com assunção de responsabilidade, também, por GAVEA e PRAGMA.

[..]

Assim, presentes contornos semelhantes aos do primeiro paradigma, também este se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial.

E, já se adiante que, assim demonstrada a similitude em face do paradigma n.º 1302-001.150, satisfeito está o requisito antes suscitado para conhecimento da primeira matéria, razão pela qual, pelos fundamentos até aqui expostos, o presente voto é no sentido de CONHECER do recurso especial da Contribuinte relativamente às matérias (1) “*nulidade do lançamento fiscal – ausência de base legal*”; (2) “*impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial*” e (4) “*validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal*”.

Ainda que, no entender desta Conselheira, o conhecimento destas matérias já seja suficiente para controverter todos os fundamentos adotados no recorrido para manutenção da exigência principal, passa-se à exposição do dissídio jurisprudencial suscitado nos demais pontos que tiveram seguimento.

Na matéria (3) “*existência de propósito negocial em face de outras estruturas possíveis para o aproveitamento fiscal do ágio*”, o recurso especial da Contribuinte teve seguimento com base nos paradigmas n.º 1102-000.982 e 1302-001.186, porque:

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, e esta poderia ser obtida da mesma forma sem a participação da GLBBT*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 1102-000.982, de 2013, e 1302-001.186, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que, *se houve o uso da empresa veículo era porque se desejava manter intactas as duas empresas existentes por razões diversas da tributária* (primeiro acórdão paradigma) e que *fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais* (segundo acórdão paradigma).

Inicialmente cabe registrar uma significativa semelhança da matéria em questão em relação às antes analisadas, no âmbito das quais os questionamentos postos à interposição de GLBBT nestes autos foram confrontados com paradigmas nos quais não se verificou vício em tal interposição e validou-se a operação porque apresentado propósito negocial para sua realização no formato questionado. Logo, não se trata, apenas, de se admitir o aproveitamento fiscal do ágio porque havia um propósito negocial, mas sim de se superar a interposição de GLBBT questionada pelo Fisco.

Sob esta ótica, portanto, quando a recorrente afirma a *existência de propósito negocial em face das diversas estruturas possíveis para o aproveitamento fiscal do ágio*, acaba,

em verdade, deduzindo outros dois paradigmas que tratam da validade da interposição de GLBBT sob a ótica de que havia propósito negocial para que a operação fosse assim realizada.

De toda a sorte, importa observar que o paradigma n.º 1102-000.982 não negou provimento ao recurso de ofício por atestar a existência de propósito negocial, mas sim em razão da acusação fiscal ter se prendido à última etapa da operação e assim concluído que o ágio seria interno:

É bem verdade que, na situação destes autos, não ficou claro porque não se optou pela incorporação direta, preferindo-se a operação com o uso de empresa veículo. Mas isso decorre do fato de a fiscalização não ter realizado qualquer pesquisa da motivação dos atos negociais, preferindo analisar a segunda operação de forma desvinculada da imediatamente anterior, onde o sobrepreço havia sido pago.

**Assim, apesar de considerar que é necessário se justificar qual o motivo para não se utilizar da incorporação direta e se optar pelo uso de empresa veículo para o aproveitamento do ágio em outra empresa do grupo, penso que o trabalho fiscal não trouxe espaço para a apresentação dessa justificativa ao concentrar a acusação apenas na última etapa da operação. Diante da imputação fiscal de não se tratar de ágio pago, o contribuinte centrou sua defesa na criação do ágio na etapa anterior, quando da aquisição da Isoladores Santana de seus acionistas minoritários.**

Dessa forma, concordo com o raciocínio da decisão recorrida de que a acusação fiscal é incorreta, porque reputou como interno e sem fundamento ágio que foi devidamente pago em operação anterior, não possuindo, nesse sentido, correlação com os fatos efetivamente existentes. *(negrejou-se)*

Já com referência ao paradigma n.º 1302-001.186, há similitude porque a análise do propósito negocial acerca da empresa veículo teve em conta operação na qual ela foi constituída antes de efetivada a aquisição do investimento:

Neste ponto, alerto que a recorrente tem razão quando alega que a NAVPAR não é exatamente uma empresa veículo, pelo menos, não nos moldes dos planejamentos tributários mais comuns, nos quais, primeiro, adquire-se a participação de uma operacional com ágio e, a partir daí, se cria uma empresa veículo, para transferir o ágio para a operacional.

Essa operação, que costumo chamar de “transferência de ágio externo”, cujo termo externo é apenas para frisar que há um efetivo pagamento do ágio a terceiros, foi muito comum durante o processo de privatizações. Por outro lado, a única diferença da operação ora *sub examine* e a operação de transferência de ágio externo acima referida é que, no presente caso, o ágio foi pago para adquirir a participação na NAVPAR, ou seja, na denominada empresa veículo, pois essa já surgiu antes da operação de alienação da participação da operacional (Auto Viação Navegantes).

Assim, o cerne da questão ora em julgamento reside, primeiramente, em saber se há provas nos autos de que a recorrente acordou com Alexandre e Maria Schewc que eles iriam constituir a NAVPAR, para depois realizar a venda da participação para a recorrente.

Em segundo, há que se perquirir se tal conduta se enquadra no conceito de simulação. Por último, verificar se houve ato dissimulado e se incidiria norma tributária mais gravosa sobre ele. Vejamos então, a última parte da síntese dos fatos segundo o relatório da decisão recorrida.

[...]

Os fatos acima narrados evidenciam que, certamente, foi previamente acordado entre a recorrente e a Sogil com os alienantes que estes iriam, primeiro, constituir a NAVPAR e, para ela, transferir a participação que detinham na Auto Viação Navegantes. Ou seja, houve um pacto antes da operação de compra e venda da participação societária, sendo

que a vontade dos adquirentes certamente influenciou (ou mesmo foi determinante) na constituição da NAVPAR pelos alienantes.

Por outro lado, a constituição da NAVPAR teve como propósito possibilitar o aproveitamento do ágio, como afirma a autoridade lançadora?

A resposta é irrefragavelmente não, pelas seguintes razões. Primeiro, ninguém discute a existência do ágio e o seu efetivo pagamento pela recorrente aos membros da família Schwec. Logo, mesmo que não existisse a NAVPAR, se a recorrente e a Sogil tivessem adquirido diretamente o controle da Auto Viação Navegantes com ágio, poderiam cindila e passar a deduzir a amortização do ágio das suas bases tributáveis. Logo, fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais, que os obrigavam a preservar a Auto Viação Navegantes, ou seja, preferindo assim criar uma intermediária.

Além disso, caso viesse a ser declarado nulo o ato de constituição da NAVPAR, por ser um ato simulado, subsistiria o ato dissimulado, o qual consistiria em uma participação da recorrente na Auto Viação Navegantes com ágio no mesmo valor que fora registrado na aquisição da NAVPAR, sendo que, por óbvio, para que a sua amortização viesse a ser dedutível do IR e da CSLL, bastava que houvesse a mesma operação que foi feita com a NAVPAR.

Logo, ainda que se admita a existência de um pacto prévio de constituição da NAVPAR, este não serviu para dissimular ato tributariamente mais oneroso, pois os efeitos tributários seriam os mesmos caso a NAVPAR não viesse a ser constituída, razão pela qual entendo que não houve simulação fiscal.

Solução semelhante poderia ser aqui aplicada, considerando a atuação de GLA Brasil, GLBBT e a autuada (SKY).

Por tais razões, é passível de CONHECIMENTO o recurso especial da Contribuinte quanto à matéria (3) *“existência de propósito negocial em face de outras estruturas possíveis para o aproveitamento fiscal do ágio”*, mas apenas em face do paradigma nº 1302-001.186.

A matéria (5) *“validade das supostas ‘empresas veículo’”* teve seguimento nos seguintes termos:

Enquanto a decisão recorrida entendeu que, *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, ou seja, não havia respaldo legal para amortização do ágio de rentabilidade futura, sem a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1301-001.505, de 2014, e 1201-002.247, de 2018) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, [...], não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco* (primeiro acórdão paradigma) e que *a utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos, como a fraude ou simulação, para que a glosa da dedução do ágio se justifique* (segundo acórdão paradigma)

O paradigma nº 1301-001.505 refere a operação de compra da participação societária no Banco Cacique S/A, recentemente apreciada por este Colegiado, e validada para fins de amortização fiscal do ágio, no Acórdão nº 9101-006.049<sup>9</sup>, assim ementado:

<sup>9</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (Suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício), e

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

Ano-calendário: 2011

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. EMPRESA VEÍCULO. REAL ADQUIRENTE.

A simples acusação de que se interpôs uma “empresa-veículo” na operação, divorciada da imputação de atos que caracterizem fraude ou prática de atos não verdadeiros, não é suficiente para dar ensejo à requalificação dos atos para fins tributários (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF).

Há similitude entre as operações, vez que o adquirente estrangeiro aporta recursos financeiros em empresa nacional que também passa a figurar no acordo anterior de aquisição, para assim efetivá-la.

Já o paradigma n.º 1201-002.247 também foi apresentado no precedente acima referido e rejeitado. Tratou-se, no referido julgado, dos ágios formados na aquisição, pelo Banco de Investimento Credit Suisse (Brasil S/A) das ações detidas por pessoas físicas em sociedades do grupo Hedging-Griffo, divididas em duas operações com a constituição de HG Investimentos e HGI-II. E esta circunstância específica da venda conjunta de participações societárias foi referida como fundamento, no voto condutor do paradigma, para justificar o formato adotado na alienação:

Desde o início jamais pretendeu o recorrente adquirir diretamente o controle das empresas HG Asset-Management, HG Serviços Internacionais e HG Corretora.

A aquisição direta de cada uma daquelas sociedades, com acionistas distintos, exigiria a celebração de 3 acordos de acionistas distintos, 3 contratos de compra e venda distintos e uma série de outros controles que jamais foram de interesse do impugnante, que sempre quis adquirir o negócio como um todo.

Daí porque constou expressamente do contrato que: "Considerando que a Compradora deseja comprar dos Vendedores, e os Vendedores desejam vender à Compradora, 5.001 (cinco mil e uma) ações ordinárias, sem valor nominal, representativos do capital social da HG Investimentos, equivalente a 50% + 1 (cinquenta por cento mais uma) ações do referido capital social (as "Ações Adquiridas"), observados os termos e condições estipuladas no presente Contrato; (...) "Reorganização Permitida" significa reorganização societária interna das Sociedades Adquiridas a ser concluída antes do Fechamento, por meio da qual (i) a titularidade de todas as ações emitidas e em circulação representativas do capital social da HG Corretora, HG Serviços Internacionais e HG Asset passará a ser detida diretamente pela HG Investimentos; (ii) na medida do necessário e conforme pactuado com a Compradora, o negócio será transferido ou de outro modo cedido às Sociedades Adquiridas; e (iii) serão praticados demais atos ligados às aludidas providências, de modo a permitir que o Negócio seja incorporado à HG Investimentos, conforme pactuado pelas partes." (fls. 491 e 499)

Além disso, busca a autoridade fiscal caracterizar a HGII-I como uma empresa veículo sem propósito negocial.

Argumenta o recorrente que a razão pela qual se optou por adquirir e vender uma empresa detentora de 50% + 1 das ações da HG Investimentos, e não estas ações diretamente, foi apenas porque tanto os compradores como os vendedores não desejavam tornar-se sócios do recorrente (o que ocorreria no caso de incorporação direta da HG Investimentos), antes de saber se seria exercida pelo impugnante ou pelos vendedores a opção de compra e venda prevista no acordo de acionistas.

Tendo o ágio sido gerado com o pagamento efetuado pelo recorrente aos sócios das empresas do Grupo Hedging-Griffo pelo controle do grupo, não há que se falar na

---

divergiram na matéria os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Andréa Duek Simantob.

utilização de empresa veículo sem propósito negocial que permita à autoridade fiscal desconsiderar os efeitos tributários da operação.

Assim, também aqui referido paradigma deve ser rejeitado para caracterização de dissídio jurisprudencial em face de operação que não guarda complexidades semelhantes.

O recurso especial da Contribuinte na matéria (5) “*validade das supostas ‘empresas veículo’*”, portanto, pode ter seguimento apenas com base no paradigma n.º 1301-001.505.

Por fim, na matéria (6) “*desnecessidade da confusão patrimonial entre ‘real adquirente’ e investimento adquirido com ágio*”, teve seguimento nos seguintes termos:

Enquanto a decisão recorrida entendeu que, *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, ou seja, não havia respaldo legal para amortização do ágio de rentabilidade futura, sem a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida*, o acórdão paradigma apontado (Acórdão n.º 9101-003.609, de 2018) decidiu, de modo diametralmente oposto, que *é legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”*.

Referido paradigma também foi rejeitado no precedente antes citado, que tratou da operação de compra da participação societária no Banco Cacique S/A, apreciada no Acórdão n.º 9101-006.049. E, de fato, como referido no próprio excerto acima transcrito, tal paradigma teve em conta operação influenciada por *restrições societárias e regulatórias*, para além de outro diferencial ressalvado pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto no voto lá declarado:

A glosa do ágio levada a efeito pela autoridade fiscal lançadora baseia-se no fato de que a real adquirente do investimento em CTEEP teria sido ISA Capital, que, por sua vez, teria se utilizado de ISA Participações como empresa veículo com o único intuito de, artificialmente, poder amortizar o ágio pago na aquisição do investimento na Autuada mediante confusão patrimonial artificial entre investida e investidora. Como a real investidora seria ISA Capital, não teriam sido cumpridos os requisitos legais para amortização do ágio.

Embora concorde com as conclusões da ilustre Conselheira Relatora, divirjo em relação aos fundamentos de seu voto.

Tratando-se de operações no âmbito de processos de privatização, há de se analisar a estrutura montada para a aquisição do investimento. Cito como o exemplo o decidido no Acórdão 1402-001.409 (“Caso Energisa”), de lavra do eminente Conselheiro Leonardo de Andrade Couto em que, embora houvesse acusação de utilização de empresa veículo para a aquisição do investimento, decidiu-se que era justificável o desenho estrutural arquitetado na operação, utilizando-se de sociedade de propósito específico que, após longo período, e depois de cumpridos os requisitos impostos por normas regulatórias, foi incorporada pela investida (incorporação reversa), iniciando-se, a partir de então, a amortização do ágio. Na ocasião, acompanhei o voto do i. Conselheiro Relator no sentido de prover o recurso e restabelecer a amortização do ágio em questão.

[...]

No presente caso, não há dúvidas que a real investida (Autuada) e investidora (ISA Capital) não passaram a ser uma única pessoa jurídica (mediante incorporação reversa), ao contrário do ocorrido no “Caso Energisa”. Isso porque se interpôs uma nova empresa entre a real investidora e a investida, no caso, a empresa ISA Participações.

A Autuada procura demonstrar que a utilização dessa nova empresa possuía propósito negocial, tendo ocorrido em razão de questões regulatórias. Discordo de tal entendimento, uma vez que a interposição de ISA Participações se deu com exclusivo

escopo tributário. Não havia qualquer obrigação de ordem societária ou regulatória que impusesse a confusão patrimonial entre investida e investidora. O que havia, isso sim, era uma impossibilidade de que isso pudesse ocorrer em razão de limitações de ordem regulatória.

Nesse cenário, com o único intuito de amortizar o ágio em questão, interpôs-se ISA Participações, sem sombra de dúvida uma “empresa veículo” e de existência efêmera, a fim de que se pudesse transferir o investimento a essa empresa de modo a contornar as limitações regulatórias e, a todo custo, no entender do contribuinte, iniciar a amortização do ágio.

Veja-se que o presente cenário diferencia-se do “Caso Energisa”, pois não estamos tratando de uma empresa de propósito específico estruturada para participar de um leilão de privatização, mas sim de uma empresa veículo criada com o único intuito de obter vantagem tributária. Veja-se que a criação de ISA Participações não teve como objetivo obedecer a norma regulatória, mas sim foi utilizada como meio de contornar regras regulatórias tendo como objetivo final alcançar artificialmente vantagem tributária que, sem sua existência, não poderia ser contornada, ao menos naquele momento.

Com efeito, é importante que fique registrado meu entendimento sobre o tema a fim de que, em julgamentos futuros, não sejam distorcidas minhas conclusões sobre o tema.

No caso concreto, o que me leva a concluir pela inviabilidade de manutenção da exigência é outro: a estrutura adotada na operação levou a Autuada e sua controladora a incorrerem em custo tributário mais elevado do que aquele que teria sido por ela suportado se adotasse a estrutura que a autoridade fiscal lançadora e também a PGFN entendia que seria a necessária a possibilitar a amortização do ágio em questão.

[...]

Ou seja, como ISA Capital endividou-se para fazer a aquisição do controle da Autuada, se houvesse a confusão patrimonial entre essas empresas, as despesas financeiras em questão reduziriam o lucro da Autuada. De igual forma, enquanto na operação levada a efeito o JCP pago pela Autuada foi reconhecido como receita por sua controladora no Brasil (ISA Capital), sujeitando-a ao pagamento de PIS e de Cofins, se houvesse a confusão patrimonial essa receita seria reconhecida diretamente por sua controladora no exterior.

[...]

Evidenciadas tais dessemelhanças, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente”

(Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Dessa forma, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte quanto à matéria (6) *“desnecessidade da confusão patrimonial entre ‘real adquirente’ e investimento adquirido com ágio”*.

Passando à inaplicabilidade da multa qualificada, tem-se no acórdão recorrido a seguinte fundamentação para sua manutenção:

Há, no termo de verificação fiscal, a sonegação praticada pela empresa, e também houve fraude pela simulação de registros fiscais e societários, visando induzir a Fiscalização a acatar a amortização do ágio praticada, produzindo os efeitos referidos nos artigos 71 e 72 da Lei n.º 4.502, de 30/11/1964, ou seja, a sonegação e a fraude.

A descrição contida no TVF, fls. 1767/1772, dos motivos que levaram à qualificação da multa, esmiúça o dolo, a simulação e a fraude existentes na situação engendrada pela empresa autuada, juntamente com a GLA, envolvendo por um dia a GLBBT, e não seria demais adicionar ainda o conluio entre essas empresas que permeou toda a situação posta.

Se de um lado a contribuinte visava pagar menos imposto com as despesas/custos inexistentes (sonegação), do outro, alguém ou alguma empresa efetivamente recebeu os pagamentos realizados e deixou de apurar os tributos incidentes sobre referida receita.

A questão da qualificação nestas casos vai encontrar jurisprudência ampla em ambos os sentidos.

Acompanho os que entendem que tal situação envolve adulteração do registro dos fatos para lograr puro proveito tributário. Aqui não basta arguir que foi tudo registrado e/ou lícito. O conjunto dos eventos ocorridos estarem registrados é a pretensão de dar aparência de legitimidade aos mesmos. E sua licitude está no isolamento de cada evento no conjunto, há uma nítida burla à legislação aplicável.

[...]

A matéria (7) *“impossibilidade de exigência de multa qualificada em razão de utilização de suposta empresa-veículo”* teve seguimento nos seguintes termos:

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 9101-003.074, de 2017, e 1301-003.226, de 2018) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *a utilização de empresa veículo, com base apenas no argumento de ausência de propósito negocial, não admite a qualificação da conduta como fraude, mormente quando a operação, se realizada diretamente, geraria o mesmo direito à amortização do ágio* (primeiro acórdão paradigma) e que *a acusação de artificialismo de uma operação baseada na imputação de ilícitos atípicos, revelada pelo uso de empresa veículo para aproveitamento fiscal de ágio, sem a demonstração cabal de invalidades efetivas e do intuito de fraudar, sonegar ou atuar em conluio do sujeito passivo, não autoriza a qualificação da multa de ofício, independentemente do posicionamento que se tenha quanto à dedutibilidade do ágio na questão* (segundo acórdão paradigma).

O paradigma n.º 9101-003.074, de fato, tratou de operação semelhante à presente, consoante consta de seu relatório:

Na autuação fiscal, foram glosadas despesas de amortização de ágio por rentabilidade futura na aquisição de investimento. No caso, discorre a autoridade autuante que foi efetuada a aquisição da TILIBRA (Contribuinte) pela RIGESA, mediante reorganizações societárias no qual foi utilizada a empresa MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA ("MEADWESTVACO") como "veículo" para adquirir o ativo. Entendeu a Fiscalização que a MEADWESTVACO, foi criada especificamente para o negócio jurídico celebrado, que era uma empresa sem substância econômica, e que serviu apenas para receber o aporte financeiro do efetivo comprador (RIGESA), adquirir a TILIBRA com sobrepreço, e, na sequência, ser incorporada pela própria TILIBRA, para consumir a hipótese de incidência que permitiria o aproveitamento da despesa de amortização do ágio. Diante do contexto apurado, entendeu a autoridade autuante que caberia glosar a despesa prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e qualificar a multa de ofício para o percentual de 150%.

Seu voto vencido, por sua vez, mantinha a qualificação da penalidade sob fundamentos semelhantes aos do recorrido:

O caso em debate trata de operações empreendidas mediante utilização de empresa de papel (MEADWESTVACO), criada artificialmente e especificamente para consumir o aproveitamento de uma despesa fictícia. Empresa efêmera e sem nenhuma substância econômica. Há um completo desvirtuamento do instituto de pessoa jurídica, que foi criada apenas para fabricar uma despesa. Ora, empresas não se prestam a fabricar despesas, mas sim a fabricar produtos, gerar empregos, prestar serviços, mediante consecução de atividades reais.

O disparate dos valores envolvidos é relevante: a RIGESA adquiriu a MEADWESTVACO pelo valor de R\$100,00. Na sequência, a RIGESA aumentou o capital social da MEADWESTVACO mediante aportes na ordem de 214,7 milhões de reais. Foi celebrado contrato de compra e venda, no qual 18 pessoas físicas detentoras das ações da TILIBRA alienariam o investimento no valor de 217,3 milhões de reais. A MEADWESTVACO consumou a aquisição. Dois meses depois, a MEADWESTVACO foi incorporada pela TILIBRA.

Já o voto vencedor do paradigma, tendo em conta que a existência do ágio era indiscutível, que a Lei nº 9.532/97 era indutora de comportamento, que a teoria do propósito negocial não poderia ter a aplicação pretendida pelas autoridades fiscais, e inexistindo sequer dissimulação no caso em tela, afastou a qualificação da penalidade, assim prestando-se a caracterizar a divergência jurisprudencial aqui suscitada.

O paradigma nº 1301-003.226 foi recentemente rejeitado para caracterização de dissídio no precedente aqui já citado nº 9101-006.011, dada a complexidade da operação lá analisada, intercalada com procedimentos para ocultação do ganho de capital correlato em operação casa-separa, ao passo que no referido paradigma *tratava-se de mera operação de utilização de empresa veículo, em que acusação apontava como "real adquirente" do investimento empresa situada no exterior*. Note-se, porém, que o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto assim observou, em relação a este paradigma:

Ressalta-se que, para além da simplicidade da operação analisada nesse precedente, o colegiado que o proferiu agasalhou o entendimento firmado pelo relator no sentido de que até mesmo a suposta ausência de razões extratributárias que embasava a autuação já havia sido, em grande parte, afastada desde a decisão de primeira instância.

Mas na exposição do mesmo Conselheiro por ocasião da apreciação do recurso especial interposto pela PGFN contra a exoneração da multa qualificada veiculada em tal paradigma, tem-se, nos termos do voto condutor do Acórdão nº 9101-005.761<sup>10</sup>:

No caso concreto, o fundamento principal para qualificação da multa de ofício foi a utilização da empresa Paraíso Participações como “empresa veículo” na aquisição do restante ações de Holcim detidas por “Irmãs Pereira da Silva” (403.140, por R\$ 199.926.063,46) em 02/07/2001, seguida de sua incorporação (reversa) pouco mais de 4 meses após essa aquisição (20/12/2001), a partir de quando se iniciaram as amortizações de ágio que deram ensejo ao lançamento.

Entendo estarmos diante de operação “típica” envolvendo utilização de “empresa veículo”, sem qualquer contorno especial que pudesse ensejar a qualificação da penalidade.

No que diz respeito ao suposto conluio, há de ressaltar que desde a decisão de primeira instância já se afastou esse viés. A propósito, transcrevo excerto da decisão recorrida que muito bem tratou sobre o tema:

[...]

Cabe ressaltar, ainda, que há época dos fatos geradores em exame, a jurisprudência era vacilante acerca da própria amortização do ágio, circunstância que, no mínimo induzia o Contribuinte a realizar manobras desse jaez, o que, a meu ver, no mínimo coloca em dúvida a existência de dolo do sujeito passivo em não recolher tributos, aplicando-se ao caso o concreto o art. 112 do CTN para afastar a qualificação da penalidade.

Confirma-se no alinhamento de referido julgado com a decisão do paradigma nº 1301-003.226, que o fato de a aquisição do investimento com ágio se dar mediante interposição de pessoa jurídica sem substância econômica, extinta logo depois da operação para viabilizar a amortização do ágio na investida, não constitui hipótese de qualificação da penalidade, o que confirma a divergência suscitada pela Contribuinte.

O recurso especial da Contribuinte, dessa forma, deve ser CONHECIDO com base nos dois paradigmas em relação à matéria (7) “*impossibilidade de exigência de multa qualificada em razão de utilização de suposta empresa-veículo*”, sendo certo que tal admissibilidade já é suficiente para controverter todos os fundamentos do acórdão recorrido na manutenção da multa qualificada, o que tornaria dispensável apreciar as demais matérias suscitadas.

De toda a sorte, quanto à matéria (8) “*planejamento tributário não enseja aplicação de multa qualificada*” importa observar que o cabimento, ou não, da multa qualificada no paradigma nº 3301-004.593 teve em conta operação sem qualquer similitude com a analisada nestes autos:

Trata-se de autos de infração de PIS e COFINS, dos períodos de apuração compreendidos entre 31/01/2010 e 31/12/2013, lavrados contra o sujeito passivo Tozetto & CIA Ltda, e como responsável solidária a Louis Dreyfus Commodities Brasil S.A., no valor total de R\$ 56.376.559,28. Foi aplicada a multa qualificada.

O lançamento decorreu de glosas de créditos gerados em operações de compra simuladas de derivativos de soja, no mercado interno. Para a fiscalização, os créditos foram criados artificialmente.

---

<sup>10</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Daniel Ribeiro Silva (suplente convocado), Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Andréa Duek Simantob.

No caso, a Tozetto e a Louis Dreyfus Commodities Brasil S.A. teriam simulado operações de compra e venda com a finalidade de exportação com o objetivo de realizar a transferência de créditos das contribuições (PIS e Cofins), que são acumulados pela Louis Dreyfus, para a Tozetto. Assim, as glosas geraram à Tozetto a insuficiência no recolhimento de PIS e COFINS de suas atividades no mercado interno.

Também no paradigma nº 2202-003.605, o planejamento tributário apreciado era substancialmente distinto do presente, nos termos da acusação fiscal lá assim relatada:

No curso da verificação fiscal foi apurado que, relativamente aos anos-calendário de 2010 e 2011, não foi providenciado qualquer instrumento contratual formal para regular a relação entre os construtores/incorporadores e a LPS Sul Ltda, responsável pela intermediação nas operações de compra e venda dos imóveis. No documento de fls. 08/10, a fiscalizada declarou que os construtores e incorporadores, apenas de modo informal, em reuniões ou por meio de conversas telefônicas, “autorizavam” a imobiliária a intermediar a colocação dos imóveis junto ao mercado consumidor, de tal modo que a comissão de corretagem deveria ser suportada pelos eventuais adquirentes das unidades imobiliárias. Neste sentido, a título exemplificativo, foram apresentados dois contratos celebrados no ano-calendário de 2013, que segundo a empresa fiscalizada demonstrariam, de forma muito próxima, os acordos verbais ocorridos nos anos-calendário de 2010 e 2011 (fls. 11/25).

Tanto os acordos verbais quanto os instrumentos formais, denominados “Termo de Consultoria Imobiliária Autorização de Corretagem e Outras Avenças”, materialmente, foram executados como contratos de corretagem, que foi efetivamente prestada pela LPS Sul Ltda. Entretanto, com a finalidade de obter vantagens tributárias indevidas, a empresa fiscalizada, em comunhão de esforços e interesses com os construtores e incorporadores (alienantes das unidades imobiliárias), promoveu a dissimulação dos mesmos, dando-lhes aparência de mera autorização para praticar intermediação em favor e também remunerada pelos adquirentes dos imóveis.

Além da dissimulação dos contratos de corretagem celebrados com os construtores e incorporadores, também foi apurada dissimulação na relação entre a empresa fiscalizada e os corretores autônomos que lhe prestaram serviços. A LPS Sul Ltda informou que a atividade de corretagem teria sido desenvolvida em regime de parceria com um grande número de corretores de imóveis autônomos, de modo que tanto a pessoa jurídica como os parceiros atuavam de forma independente, sem subordinação entre as partes, concorrendo e efetivando esforços para a aproximação de compradores e vendedores dos imóveis.

E que, uma vez promovida a aproximação do vendedor e do comprador dos imóveis, a remuneração pela intermediação seria partilhada de acordo com regras pré-determinadas nos contratos de parceria. Na prática, contudo, foi possível verificar que os corretores autônomos não atuavam em regime de coparticipação, mas sim como verdadeiros prestadores de serviços para a empresa imobiliária. De modo que o procedimento de entrega de recursos pelos adquirentes de imóveis diretamente aos corretores vinculados tinha o propósito de dissimular, de acobertar o pagamento por serviços prestados que estava sendo efetuado pela imobiliária fiscalizada.

Tudo considerado, e tendo restado caracterizada a prática de simulação em negócios jurídicos, que constitui uma das modalidades de implementação da fraude fiscal definida no artigo 72 da Lei 4.502/1964, foram adotadas as seguintes providências:

Na medida em que o recorrido decide pela ocorrência de simulação e de cabimento da multa qualificada em razão dos contornos específicos da operação aqui realizada, não é possível inferir como os Colegiados que decidiram os paradigmas se posicionaram caso estivesse frente a fatos distintos daqueles lá apreciados.

Assim, não se verifica a similitude necessária para caracterização do dissídio jurisprudencial, devendo ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial na matéria (8) “*planejamento tributário não enseja aplicação de multa qualificada*”

Por fim, no que se refere à matéria (9) “*impossibilidade de exigência de multa qualificada – erro na interpretação da legislação fiscal*”, tem-se que os paradigmas nº 1101-001.097 e 1302-001.950 afastaram qualificação da penalidade na hipótese de amortização fiscal de ágio gerado intra-grupo.

No primeiro julgado, constata-se alguma similitude porque também refuta a acusação de *que a Sardinelle não seria uma empresa* como simulação suficiente para justificar a qualificação da penalidade, classificando a operação genericamente como *equivoco na interpretação dispensada à legislação fiscal*:

Na remotíssima hipótese de tal entendimento não prevalecer, então deve ser enfrentada a questão da multa qualificada, que, consoante dito no Relatório, apenas recai sobre os créditos tributários derivados das glosas cujo exame acabou de ser realizado.

Também não pode prevalecer a qualificação da multa em destaque, ante a completa fragilidade da constatação fiscal quanto ao cometimento de dolo e fraude, pretensa constatação essa que repousa aos fls. 200-220, integrantes do Termo de Verificação Fiscal.

Com efeito, é certo que o sujeito passivo jamais agiu com vistas a ocultar fatos geradores de tributo ou a evitar a sua materialização, tendo atendido a todas as intimações que lhe foram dirigidas e revelando às autoridades fiscais todo o substrato da operação ab initio.

Assim, percebe-se que, se restar plasmada a premissa de que a minoração da base de cálculo dos tributos em testilha pela contrapartida da amortização do ágio em referência não se revela autorizada por este Colegiado, mostra-se mandatário o entendimento de que referida redução da matéria tributável decorreu de mero equívoco na interpretação dispensada à legislação fiscal e societária, o que não justifica a majoração da penalidade de ofício.

As considerações da autoridade fiscal no sentido de que a Sardinelle não seria uma empresa pelo fato de não ter realizado operações são completamente despropositadas: tratava-se de sociedade regularmente registrada em Junta Comercial, com o preenchimento de todos os requisitos previstos na legislação comercial para a criação dessa entidade, com capital integralizado, sócios e administrador, o que revela quão forçadas são as conclusões externadas pela autoridade fiscal para sustentar a sua acusação de fraude e dolo.

De mais a mais, as outras questões levantadas – tais como a falta de comprovação do pagamento da cifra de mil reais aos antigos sócios da Larimus e Sardinelle e o pretenso endereço equivocado da Sardinelle na DCTF que apresentara – são igualmente jocosas e foram pontual e precisamente espancadas pelas postulações do contribuinte, o que pode ser constatado a partir da leitura dos fólios n. 1410-1419.

Pelo exposto, quando menos não deve prevalecer a qualificação da multa de ofício, que deve retornar ao seu patamar de 75%.

É possível cogitar, nestes termos, que a qualificação da penalidade também seria excluída pelo Colegiado que editou o paradigma se estivesse diante de circunstâncias menos gravosas de amortização indevida de ágio, como a apontada na acusação analisada no recorrido.

O paradigma n.º 1302-001.950, por sua vez, também foi recentemente revisitado por este Colegiado ao exarar o Acórdão n.º 9101-005.766, no qual, por unanimidade de votos<sup>11</sup>, foi negado conhecimento ao recurso especial da PGFN que pretendia o restabelecimento da multa qualificada. Esta Conselheira fez as seguintes observações acerca do acórdão lá recorrido em seu voto condutor da negativa de conhecimento do recurso fazendário:

No presente caso, a qualificação da penalidade está assim motivada no Termo de Verificação Fiscal às e-fls. 67/69:

#### VI. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Enquadramento: artigo 72, da Lei 4.502 de 30 de novembro de 1964; artigo 44, inciso II, da Lei 9.430 de 27 de dezembro de 1996, com nova redação dada pela lei 11.488, de 15 de junho de 2007

104. Verificou-se que não houve propósito outro que não fosse obstacularizar o recolhimento de tributos, através a amortização do ágio gerado artificialmente, sem substrato econômico, em reestruturação societária dissimulada, com a utilização de empresa veículo, de papel.

105. A situação de incorporação da empresa veículo (sociedade de passagem) NORDESTE PARTICIPAÇÕES S/A foi criada para que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei n.º 9.532/97. Essa empresa nunca operou segundo seu objeto social.

106. A ausência de propósito negocial dessas empresas ofende inclusive os artigos 421 e 422 do Código Civil, pois não contam com qualquer função social. A função a que serviram foi a de evadir o recolhimento de tributos.

107. A sucessão de atos praticados, inclusive a submissão da análise aos órgãos regulatórios como ANEEL e CVM, apenas aparentemente lhes conferiram licitude. A obrigatoriedade de prévia autorização dessas entidades diz respeito às competências regulatórias a elas atribuídas.

108. No caso, da ANEEL, por figurarem as sociedades empresárias como partes em contratos administrativos (do qual são espécies os contratos de concessão e permissão de serviços públicos), campo do direito administrativo, portanto. A anuência da ANEEL relativamente às operações societárias da Contribuinte diz respeito à capacidade das empresas envolvidas permanecerem na prestação dos serviços públicos. Não diz respeito ao direito tributário.

109. Mesmo assim, a ANEEL fez ressalva, no último parágrafo do Ofício n.º 443/2006-SEF7ANEEL, de 22 de março de 2006, que autorizava a incorporação da empresa veículo GUARANIANA PARTICIPAÇÕES pela ITAPEBI, de que a autorização limita-se ao âmbito regulatório e não contempla aspectos de ordem tributária.

110. A CVM tem tomado precauções para proteger os acionistas não controladores desde as Instruções n.º 319/99 e n.º 349/01. E como se pode ler do Ofício Circular CVM/CNC/SEP n.º 01, de 14 de fevereiro de 2007, ataca fortemente a moralidade dessas reestruturações que resultam na geração artificial de ágio.

111. Como se observou das Atas das Reuniões do Conselho de Administração, a controladora NEOENERGIA planejou cada passo das reestruturações para que formalmente elas aparentassem lícitas.

---

<sup>11</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Daniel Ribeiro Silva (suplente convocado), Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

112. Nos termos da legislação, o aproveitamento do ágio como benefício fiscal só pode ocorrer quando há incorporação direta ou reversa, ou fusão, ou cisão, e na situação de o ágio ter fundamento em rentabilidade futura.

113. No caso aqui fiscalizado, substancialmente não houve ágio (e sim ágio interno que não existe economicamente); parte da valorização da empresa não tem fundamento em rentabilidade futura e sim em mera correção da CDI do valor anteriormente avaliado (R\$ 22.355.964,00 dos R\$ 57.057.615,00 registrados); não houve incorporação da real controladora, pois a NEOENERGIA permanece no controle com sua participação inalterada de 42%; o que houve foi a utilização do artifício da utilização da empresa "de passagem" GUARANIANA PARTICIPAÇÕES, em simulação de incorporação.

114. Essas condutas não se apresentam no campo do planejamento lícito. Configuram-se, então, a simulação e a fraude.

O Colegiado a quo, por sua vez, excluiu a qualificação da penalidade sob os seguintes pressupostos:

A recorrente se insurge contra a qualificação da multa, alegando que, caso não sejam acolhidos os argumentos anteriormente expostos, cancelando-se integralmente a autuação, deve ser afastada a multa agravada aplicada pela autoridade fiscalizadora, em face da inexistência de provas e da imaterialidade dos indícios acerca da suposta existência de fraude praticada pela recorrente.

A autoridade lançadora qualificou a multa ao entendimento de que as operações realizadas tiveram como único propósito obstaculizar o recolhimento de tributos, mediante a amortização de ágio gerado artificialmente, sem substrato econômico, em reestruturação societária dissimulada, com utilização de empresa veículo, de papel. Entende que a empresa veículo nunca operou segundo seu objeto social, e não cumpriria a função social exigida pelo Código Civil. Que os atos formais registrados juntos aos órgãos regulatórios (ANEEL e CVM), visavam somente dar aparência de licitude.

Sustenta a fiscalização que, substancialmente não houve ágio (apenas ágio interno); que parte da valorização da empresa não tem fundamento em rentabilidade futura, mas sim em mera correção pela taxa do CDI; que não houve incorporação real da controladora; que houve utilização do artifício de criação de uma empresa veículo, em simulação de incorporação.

Ao final conclui que essas condutas não se apresentam no campo do planejamento lícito, configurando-se, então, a simulação e a fraude.

Examinando o conjunto de elemento dos autos, entendo que, desta feita, não restou caracterizada uma situação de simulação ou fraude por parte da recorrente, mas sim uma interpretação equivocada do real alcance das normas tributárias que disciplinam a amortização do ágio em reorganizações societárias. Ao fim e ao cabo não se pode dizer que o processo de reorganização societária empreendido de nada tenha servido aos objetivos empresariais da recorrente, na medida em que, ainda que em momento posterior, a legislação setorial acabou por exigir a desverticalização das empresas do setor elétrico, com a separação das geradoras e distribuidoras de energia, objetivo que restou alcançado ao final do processo.

É certo que todo o processo de reorganização poderia ter sido conduzido sem qualquer discussão sobre a geração de ágio, mas há que se levar em conta a gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos por parte das empresas ao se estipular a penalidade decorrente da glosa das amortizações que não se amoldam ao texto legal.

Neste caso, ao menos se constata que, com exceção da empresa veículo, utilizada para viabilizar a utilização do benefício fiscal, as empresas envolvidas tem operacionalidade, patrimônio e existência real, não podendo ser confundidas com outras situações de ágio interno em que apenas uma empresa (a que se beneficia do ágio) têm existência real.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso nesta parte, para reduzir a multa de ofício aplicada de 150% para 75%.

Da demonstração da divergência jurisprudencial apresentada no recurso especial da PGFN extrai-se:

[...]

Contudo, o voto condutor do acórdão recorrido, apesar de reconhecer *que todo o processo de reorganização poderia ter sido conduzido sem qualquer discussão sobre a geração de ágio, e confirmar a interposição de empresa veículo, utilizada para viabilizar a utilização do benefício fiscal*, concluiu ser incabível a qualificação da penalidade não só tendo em conta a gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos por parte das empresas e o fato de que as demais empresas envolvidas tem operacionalidade, patrimônio e existência real. Em especial, o acórdão recorrido traz ponderação de que o presente caso se distinguiria de outras situações de ágio interno em que apenas uma empresa (a que se beneficia do ágio) têm existência real e, mais importante ainda, que ao fim e ao cabo não se pode dizer que o processo de reorganização societária empreendido de nada tenha servido aos objetivos empresariais da recorrente, na medida em que, ainda que em momento posterior, a legislação setorial acabou por exigir a desverticalização das empresas do setor elétrico, com a separação das geradoras e distribuidoras de energia, objetivo que restou alcançado ao final do processo.

Logo, há no recorrido circunstâncias vinculadas à legislação setorial que influenciaram a decisão do Colegiado *a quo* na avaliação da conduta que poderia justificar a qualificação da penalidade. De fato, nestes autos há arguição de propósito negocial em face da necessidade de desverticalização do setor elétrico, contexto com características específicas, devidamente enfrentadas no acórdão recorrido.

Também aqui, esta especificidade do paradigma n.º 1302-001.950 prejudica a caracterização do dissídio jurisprudencial.

Assim, o CONHECIMENTO do recurso especial da Contribuinte na matéria (9) “*impossibilidade de exigência de multa qualificada – erro na interpretação da legislação fiscal*” somente é possível em face do paradigma n.º 1101-001.097.

Estas as razões, portanto, para CONHECER do recurso especial da Contribuinte no que se refere à indedutibilidade das amortizações de ágio e inaplicabilidade da multa qualificada, apesar do CONHECIMENTO PARCIAL das matérias que tiveram seguimento no exame de admissibilidade.

#### Recurso especial da Contribuinte - Mérito

A acusação fiscal traz a seguinte síntese da autuação na introdução do Termo de Verificação Fiscal:

O objeto principal da presente autuação corresponde à glosa de deduções da amortização de ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário 2011 a 2013, em razão de a fiscalizada ter ilicitamente interposto sociedade veículo.

Em resumo, num instrumento celebrado<sup>3</sup>, em 2010, entre as sócias **GCP** e **Distel**, como vendedoras e, **DIRECTV**, **DirecTV Group**, **GLA Brasil** e **GLBBT**, como compradoras, as partes acordaram um modelo negocial no qual as compradoras adquiririam 178.830.000 (cento e setenta e oito milhões e oitocentas e trinta mil) quotas da **Sky Brasil**, detidas pelas vendedoras, nos termos de notificação de alienação<sup>4</sup> prevista em acordo celebrado entre os sócios<sup>5</sup>.

No entanto, ao analisarmos a operação, constatamos que a **GLBBT**, adquirente das quotas, só passaria a integrar o quadro societário da fiscalizada por ocasião do fechamento do contrato (momento em que surgiria o ágio para a **GLBBT**).

No dia seguinte a entrada da **GLBBT** no capital social da **Sky Brasil** a mesma foi incorporada pela fiscalizada (momento a partir do qual a **Sky Brasil** passou a amortizar tributariamente o ágio).

Além do mais, verificou-se que os recursos para a aquisição das participações advieram de fato da sócia **GLA Brasil**, por intermédio de subscrição e integralização de capital social na **GLBBT**.

Apesar da sofisticação do esquema, trata-se do típico uso ilícito de empresa veículo. Isso se demonstra claramente por vários fatos. Primeiro, até a aquisição das participações na sociedade investida (**Sky Brasil**), a **GLBBT** estava inativa; segundo, a intercalação da referida sociedade não se justifica por qualquer das finalidades negociais previstas no contrato; e terceiro, o intervalo de tempo entre as transferências das participações para a **GLBBT** realizadas pela **GCP** e **Distel** (16/12/2010), o que acarretou a entrada formal da **GLBBT** no quadro societário da fiscalizada, e a sua incorporação (17/12/2010) foi sobremaneira diminuto.

Dessa forma, em razão da ação intencional da fiscalizada para evadir-se do pagamento dos tributos, a multa foi qualificada ao patamar de 150%.

Essa é a breve síntese da autuação. A seguir, passamos a descrever e a comprovar cada um dos seus pormenores.

Em tais circunstâncias, a maioria qualificada desta Turma tem se manifestado contrariamente à amortização fiscal do ágio, pautando-se em premissas que estão fundamentadamente fixadas pelo Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado. Dentre as manifestações mais recentes, destaca-se o voto condutor do Acórdão n.º 9101-004.498, nos seguintes termos:

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

### 1. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Fato é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ( $60 + 10 + 12 = 82$  unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural<sup>12</sup>. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, 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, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

---

<sup>12</sup> IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

## 2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei n.º 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, sendo a **investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

Não por acaso, **são dois 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).**

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

## 3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No **primeiro evento**, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei n.º 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

#### **4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida**

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão<sup>13</sup>.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para,

<sup>13</sup> Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997<sup>14</sup>, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI<sup>15</sup> ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista<sup>16</sup> que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo

<sup>14</sup> Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

<sup>15</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

<sup>16</sup> Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

(amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou deságio. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no

patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

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

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (grifei)

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

#### **5. Amortização. Despesa.**

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

*Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*

*§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*

*§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).*

*§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.*

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99<sup>17</sup>.

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

#### **6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente**

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de**

<sup>17</sup> Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

**operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

#### **7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização**

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois 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 (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).** E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de

um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (...)  
(grifei)

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: 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.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA<sup>18</sup>.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência *se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade*.

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária*.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, **a pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

<sup>18</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e o **evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*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...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI<sup>19</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida**.

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam *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*, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

---

<sup>19</sup> SCHOUERI, 2012, p. 62.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o consequente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o consequente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por consequência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

### 8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

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

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

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

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

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

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

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de

situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

Transpondo estas premissas para o caso concreto, à semelhança do que se fez no voto acima transcrito, tem-se que a glosa em debate diz respeito a amortizações de ágio pago por GLA Brasil e DIRECTV Group na aquisição das quotas da autuada, com a interposição de GLBBT. Os acordos realizados a partir de 01/06/2010 foram firmados entre as antigas sócias da autuada (GCP e Distel) e a sócia adquirente (GLA Brasil), com a intervenção de sua controladora DIRECTV Group, sendo que somente quando encerradas as tratativas em 16/12/2010, com a definição do preço a ser pago pelas quotas, GLBBT é interposta no Contrato de Compra e Venda de Quotas, como sociedade designada por DIRECTV Group, controlador de GLA Brasil. A autoridade lançadora assim sintetiza estas ocorrências:

Das informações acima, podemos extrair que (i) o **Acordo de Troca de 2004**, de 08/10/2004, disciplinava os requisitos para uma operação de compra e venda (ii) que o acerto do preço foi efetuado entre a **DirecTV Group** e a **GCP** (iii) que a **GLBBT** foi a empresa escolhida pela **DirecTV Group** para efetuar o pagamento de US\$ 604.767.294,00 (seiscentos e quatro milhões, setecentos e sessenta e sete mil, duzentos e noventa e quatro dólares norte-americanos) (iv) que a nota promissória entregue pela **GLBBT** seria garantida pela **DIRECTV**; (v) a conclusão da transação ocorreu em 16/12/2010, ocasião em que a **GLBBT** passou a integrar o quadro societário da **Sky Brasil** (vi) que a **Sky Brasil** pagaria na data do fechamento da transação R\$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de reais) em dividendos, proporcionais à participação resultante após a operação (vii) as vendedoras auxiliariam na concretização da incorporação da **GLBBT** pela fiscalizada.

Mister esclarecer que, os recursos advindos do exterior, no valor de R\$ 696.315.000,00 (seiscentos e noventa e seis milhões e trezentos e quinze mil reais), foram integralizados inicialmente no capital social<sup>22</sup> da **GLA Brasil** pela sócia **DIRECTV LATIN AMERICA LLC (EUA)**, integrante dos **Controladores GLA**. Destes recursos, internalizados em 14/12/2010, R\$ 692.364.117,00 (seiscentos e noventa e dois milhões, trezentos e sessenta e quatro mil e cento e dezessete reais) foram integralizados pela **GLA Brasil** no aumento do capital social<sup>23</sup> da **GLBBT**.

Também na ocasião, a **GLA Brasil** integralizou outro aumento de capital na **GLBBT**, no valor dos dividendos de R\$ 266.764.461,00 (duzentos e sessenta e seis milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e um reais) recebidos da **Sky Brasil**<sup>24</sup>.

Estes recursos foram utilizados pela **GLBBT** nos pagamentos efetuados a **GCP** e **Distel**.

Constata-se, do exposto, que GLA Brasil era a sócia da autuada que tinha o direito de preferência na aquisição as quotas que GCP e Distel pretendia alienar. Em consequência, todas as tratativas para esta aquisição são realizadas entre as sócias da autuada, com interferência apenas da controladora da adquirente (DIRECTV Group), sendo que GLBBT somente ingressa na operação para promover a liquidação financeira, com os meios proporcionados, para tanto, por GLA Brasil e DIRECTV Group. Ao assim proceder, registrando o ágio pago por estas sociedades diretamente em seu patrimônio, GLBBT prestou-se como veículo do ágio para a adquirida, ao ser por ela incorporada, assim provocando a ocorrência de situação que, na concepção das sociedades do grupo econômico, se enquadraria na hipótese permissiva de amortização do ágio.

Diante de todo o escrito pelo Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, *a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto)*.

*Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.*

*O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa GLBBT, denominada como “empresa-veículo” e investida, posteriormente incorporada pela Contribuinte, ou seja, não estava presente a investidora (não participou do evento de incorporação a empresa GLA Brasil ou DIRECTV Group).*

*E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.*

*A utilização da empresa GLBBT (denominada “empresa-veículo”) tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (GLA Brasil ou DirectTV Group) do evento de incorporação.*

O acórdão recorrido constatou com precisão:

Na sua peça recursal, a recorrente tenta mostrar que:

- atende aos requisitos estabelecidos pela jurisprudência do CARF para que a amortização do ágio pago com base em expectativa, quais sejam, o efetivo pagamento do custo total da operação, inclusive o ágio, a realização de operações originais entre partes não ligadas e a demonstração da lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;
- a empresa veículo é apenas um mecanismo que permite associar os lucros futuros obtidos pela sociedade investida com a dedutibilidade fiscal do ágio pago pela investidora, em razão da expectativa de rentabilidade futura. Sua utilização não requer um “propósito negocial” ou “racionalidade econômica”;
- a utilização da empresa veículo como meio legal permitido pela legislação societária para se alcançar o efeito de “push down accounting”;
- houve falta de compreensão da autoridade fiscal em relação ao procedimento contábil adotado pela GLA após a incorporação da GLBBT na Sky.

O que se verifica é que as sócias GCP e Distel, como vendedoras, e Directv, Directv Group, GLA Brasil e GLBBT, como compradoras, firmaram um acordo em 2010 que as compradoras adquiririam 178.830.000 quotas da Sky Brasil, detidas pelas vendedoras.

Contudo, a GLBBT, uma das adquirentes das quotas, só integraria o quadro societário da Sky Brasil quando do fechamento do contrato, momento que surgiria o ágio para aquela (GLBBT).

No dia seguinte a entrada da GLBBT no capital social da Sky Brasil, a mesma foi incorporada, e o ágio passou a ser amortizado.

Agrega-se a esta operação o seguinte:

- a GLA Brasil propiciou os recursos para a parte adquirida pela GLBTT;
- GLBTT estava inativa até o começo desta reorganização societária;
- a operação de reorganização societária se deu sem nenhuma finalidade negocial;
- os prazos para as operações envolvendo as GLBTT foram de um dia, entre a aquisição e sua incorporação.

O acima está detalhadamente no termo de verificação fiscal, logo no início, em que aproveito o seguinte excerto que entendo pertinente a esclarecer a operação na visão da autoridade fiscal:

[...]

Para a realização da operação acima, houve a assinatura de instrumentos para aplicar o devido direito de preferência, chamados de acordos de troca, ocorridos em 2004, em

2006 e em 2010, entre as empresas envolvidas na reorganização societária, e até a GLBBT só é citada e entra na operação em 16/12/2010, ao final das tratativas.

Do detalhamento desta situação supracitada da entrada na operação da GLBBT, peço a vênua e cito excerto do v. acórdão recorrido a respeito:

*"A Notificação de Troca é o instrumento pelo qual se respeita o direito de preferência estipulado entre os sócios da fiscalizada e, no caso, segundo o Acordo de Troca de 2004, significou uma notificação por escrito entregue pela GCP e Distel à DirecTV Group onde estas exerceram os seus respectivos "Direitos de Troca". "Conforme previsto em alterações do contrato social e no Acordo de Sócios de 2006 da fiscalizada, "Direitos de Troca" significa o direito do Grupo Globo de trocar a totalidade ou parte de sua participação no capital social da Sky Brasil por ações da DirecTV Group ou por dinheiro, de acordo com o Acordo de Troca de 2004. (fl. 1.724)"*

*A Notificação de Troca de 01/06/2010 sofreu desdobramentos nos dias 10 e 16/06/2010 e aditamentos foram realizados ao Acordo de Troca de 2004 nos dias 27/08/2010 e 03/11/2010, sendo que até então não havia referência a empresa veículo GLBBT. Em 16/12/2010, ao final das tratativas iniciadas em 01/06/2010, a GLBBT entrou na operação. (fl. 1724/1725)*

*"Como pudemos observar nesta operação, o objetivo pretendido pelos sócios majoritários era aumentar o controle exercido sobre a Sky Brasil. Fica claro, também, que a entrada e saída da GLBBT não teve nenhuma aplicação prática ou necessária ao fim que era almejado a não ser o de transportar o ágio pago do real investidor para a empresa operacional."*

*"Aliás, desde o início das tratativas e até o dia do fechamento da operação, a GLBBT estava inativa e não possuía um centavo sequer de capital integralizado.(fls. 1732)"*

*Em 15/12/2010, as sócias integralizam o capital social de R\$ 10.000,00 e a sócia GLA Brasil subscreve e integraliza aumento de capital no valor de R\$ 692.364.117,009. Data em que a sócia Galaxi retira-se da sociedade, transferindo sua única cota para a GLA Brasil. (fls. 1733)*

*Em 16/12/2010, a sócia GLA Brasil subscreve e integraliza aumento de capital de R\$ 266.764.461,00. (fls. 1734)*

*"Ainda em 16/12/2010, conforme previsto no contrato de compra e venda e em ata de reunião dos sócios<sup>34</sup> a GLBBT, (i) recebeu dividendos da Sky Brasil no importe de R\$ 68.035.418,0035 (sessenta e oito milhões, trinta e cinco mil, quatrocentos e dezoito reais) – isto porque nesta data, acabara de se tornar sócia da fiscalizada e (ii) devolveu a GLA Brasil a importância de R\$ 2.645.997,00 (dois milhões, seiscentos e quarenta e cinco mil, novecentos e noventa e sete reais) a título de reembolso de custo com IOF. (fls. 1734)"*

Pelo relatado acima, conforme o termo de verificação e a documentação aposta para subsidiá-lo, bem como as análises realizadas no v. acórdão recorrido, que, quando da compra das quotas da Sky Brasil, em 16/12/2010, a GLBBT tinha como única sócia a GLA Brasil que, na verdade, arcou com todo o desembolso em dinheiro utilizado na transação, tendo a GLBBT servido apenas como intermediária no repasse dos recursos, ou seja, como colocado pelo autuante, a GLA possuía então 74,10% da participação no capital social da Sky de forma direta e 18,90% de forma indireta.

Em resposta ao questionamento da autoridade fiscal, esclareceu que o aporte de R\$ 959.138.578,00 foi transferido à GLBBT pela GLA. (fls. 1735).

Sobre a GLBTT, cabe destacar que a recorrente tenta justificar seu papel na operação e até lhe dar ares de empresa ativa, o que não prospera, o que foi rebatido, conforme o termo de verificação, às fls. 1736:

*Argumentar que a GLBBT era a empresa do grupo mais bem posicionada para efetuar a aquisição e ainda adicionalmente informar que a mesma participou de*

*uma licitação da Anatel mas não saiu vencedora é no mínimo um equívoco. Como acreditar? Se a **GLBBT** até o raiar de 16/12/2010 tinha um capital subscrito de apenas R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e sem qualquer centavo integralizado, como esperar sucesso em uma licitação? Como defender que seria a empresa mais qualificada para uma aquisição de milhões de reais?*

*Lembremos, inclusive, que a mesma nem aparece nas tratativas iniciais, nenhuma menção a ela é feita. Surge de repente, e da mesma forma que surgiu, após entregar os recursos financeiros para os vendedores e trazer em contrapartida o ágio para a **Sky Brasil**, em apenas um dia: Sumiu!*

(...)

*Claro está que estas justificativas são genéricas e nada esclarecem. Não definem quais operações serão racionalizadas ou como, quais despesas serão minimizadas, qual o valor, etc.*

*Ressalte-se, ainda, que se com a retirada da **GLBBT** da estrutura haveria as melhorias preconizadas por que incluí-la na véspera? Foi um engano, um erro? Constatou-se que ela era desnecessária?*

E, em 17/12/2010, ocorreu a incorporação da GLBBT pela Sky. (fls. 1737/1741).

*Conforme relatamos anteriormente, a **GLBBT** era uma empresa inativa sem qualquer capital social integralizado. Como a entrada na operação era desnecessária, sua utilização foi apenas para transferir o ágio decorrente da aquisição das participações societárias da **GCP** e **Distel**, pertencentes ao **Grupo Globo** para a **Sky Brasil**. Portanto, as invencionices “otimização da administração” e “economia de escala”, por exemplo, além de previsíveis sem a utilização da mesma, simplesmente não ocorreriam numa negociação direta com o real investidor. Obviamente que, a negociação direta não ensejaria as condições pretendidas pelo contribuinte para a indevida amortização fiscal do ágio.*

*Assim, um dia após efetuar a aquisição das participações societárias da **Sky Brasil**, a **GLBBT** foi por ela incorporada, o **Grupo DirectTV** aumentou sua participação direta no Capital Social da empresa operacional **Sky Brasil** e o ágio de rentabilidade futura pago na operação passou a ser amortizado pela fiscalizada.*

Além do mais, faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, e esta poderia ser obtido da mesma forma sem a participação da GLBBT. Sua participação foi essencialmente para fins tributários.

Como discorrido às fls. 1741/1746 do Termo de Verificação Fiscal, em que a autoridade fiscal conclui que a participação da GLBBT foi unicamente para gerar economia tributária na operação, no valor de R\$ 282.004.743,00, conforme excerto abaixo:

*Portanto, o que se verifica do relatado acima é que tanto à **DirectTV Group** como à **GLA Brasil**, estava garantido o direito de aquisição das participações que seriam alienadas pelo **Grupo Globo**.*

*Pois bem, Apesar da **DirectTV Group**, na ocasião do contrato de compra e venda, intercalar a **GLBBT** entre a **GLA Brasil** e as sociedades vendedoras, esta intercalação não visa cumprir qualquer dos objetivos do modelo negocial.*

*Em suma, o modelo negocial poderia ter sido alcançado exatamente da mesma forma sem a intervenção da **GLBBT**, o que obrigatoriamente nos leva à conclusão de que a razão para a referida intercalação societária foi ocultada do instrumento.*

*Essa razão, pelo celeridade desenrolar dos fatos supervenientes, foi tributária.*

*É bom lembrar que, com a incorporação da **GLBBT**, o único acréscimo patrimonial na **Sky Brasil** decorre exatamente da “economia tributária” que esta operação acarretou, e que corresponde ao valor de R\$ 282.004.743,00*

*(duzentos e oitenta e dois milhões, quatro mil, setecentos e quarenta e três reais),*

*classificado na conta “Imposto de renda diferido”, pertencente ao Ativo Não Circulante da GLBBT, conforme Balanço Patrimonial levantado em 17/12/2010 e que é parte integrante do Laudo de Avaliação utilizado para a incorporação.*

*O valor acima, equivale a 34% do ágio de R\$ 829.425.715,00 (oitocentos e vinte e nove milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil, setecentos e quinze reais).*

*(...)*

*Já na configuração societária engendrada, com a utilização da GLBBT, vemos que esta sociedade não se ajusta no modelo negocial acima. Também merece ser destacado que, até o momento em que a GLBBT adquiriu as participações da Sky Brasil, correspondia a uma sociedade apenas “no papel”.*

*Criada em meados de 2006, seu capital social de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) foi integralizado pela GLA Brasil no dia da assinatura do contrato de compra das quotas.*

*As quotas da Sky Brasil “entraram” no patrimônio da GLBBT no dia 16/12/2010 e “saíram” no dia 17/12/2010.*

Posteriormente, no termo de verificação fiscal, a autoridade fiscal discorre sobre a divergência na quantificação do ágio de rentabilidade futura existente entre a escrituração contábil da GLBBT, Sky Brasil e GLA Brasil.

Assim, do todo relatado acima, fica claro que houve simulação da compra de quotas da Sky pela GLBBT, quando o real comprador foi a GLA Brasil, visando somente viabilizar a amortização do ágio pela Sky, gerado na compra de quotas da própria Sky, reduzindo assim a carga tributária.

Conforme bem descrito no TVF:

*Está-se questionando a criação da empresa veículo interposta GLBBT, a aquisição com ágio de rentabilidade futura de 18,90% das quotas do capital social da empresa operacional Sky Brasil pela empresa interposta, e a incorporação da mesma pela empresa operacional apenas para fornecer uma aparência de conformidade ao direito, quando o contexto evidencia o fim prático a que o negócio se destinava: a redução do pagamento de tributos através da dedução de encargos de amortização de um ágio proveniente de um investimento que não foi extinto.*

*A apreciação dos documentos apresentados pelo contribuinte permitiu constatar a ausência de propósito negocial, bem como a incoerência entre a finalidade e a forma adotada. (fls. 1751)*

Destarte, analisando-se a operação de reorganização societária realizado pelas empresas (GLA Brasil, Sky Brasil, com figuração especial de GLBBT), entendo que a GLBBT, até 15/12/2010, estava inativa.

Em 16/12/2010, a GLBBT, com recursos da sua única sócia GLA adquire 18,90% da Sky, fazendo a GLA ter 93% da participação da Sky, com 74,10% registrado em contabilidade, e 18,90% via GLBBT.

Em 17/12/2010, a recorrente (Sky) incorpora a GLBBT, o que fez a participação da GLA na Sky ser diretamente de 93%.

Ou seja, a GLBBT tem praticamente só dois dias de vida ativa, no quais incorpora e é incorporada, sem ter sido citada anteriormente nas negociações preliminares, é algo típico de uma empresa veículo.

Nas palavras do v. acórdão recorrido, que acompanho na íntegra:

*Com essa figuração pífia, com duração de apenas um dia de sobrevivida (ou no máximo dois, considerando-se o dia 15/12/2010 em que os recursos começaram a ser injetados na empresa veículo), da GLBBT no esquema engendrado pela*

*GLA e Sky, pretendia-se viabilizar a amortização do ágio de si mesma na Sky que reduziria sua carga tributária. Situação de interesse tanto da Sky como da GLA, com 93% de participação na primeira. Resta caracterizado que houve simulação da compra de 18,90% da Sky pela GLBBT, visando a sonegação de tributos.*

Pelo todo exposto, não se consegue ver a motivação econômica para a reestruturação societária aqui analisada. O que houve foi um rearranjo, que buscou-se ser juridicamente válido, mas sem substrato econômico, com a participação de empresa veículo efêmera (GLBBT) com um único intuito, redução da carga tributária.

No termo de verificação fiscal, conforme acostado nos autos, mostra-se que, com base nas informações prestadas à administração tributária, através da entrega de suas declarações de rendimentos, no período de 2008 a 2010, a GLBBT esteve efetivamente inativa.

O fato de se inscrever em processo licitatório, sem qualquer condição de ganhar a concorrência, não é prova suficiente de se encontrar em atividade.

Fica ainda mais claro no termo de verificação fiscal que não houve fundamento econômico para a reestruturação societária ocorrida, quando se analisa todas as etapas da reestruturação societária que culminaram com o aumento da participação no capital social da Sky pela GLA Brasil.

Todos os atos formais foram desprovidos de qualquer racionalidade econômica, conforme se destaca no seguinte excerto do TVF a respeito:

*Assim, procedendo a "reestruturações societárias", dotadas apenas de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, a **GLA Brasil**, conseguiu: i) permanecer com os seus investimentos na **Sky Brasil** intocados, apenas, agora, não mais apresentados contabilmente desdobrados em "Investimento **Sky Brasil** + Investimento **GLBBT**", e ii) constituir, na contabilidade da **Sky Brasil**, uma conta de ativo não circulante em valor igual ao benefício tributário do ágio (34% sobre o valor do ágio) oriundo do aumento do seu controle sobre a **Sky Brasil**, de forma a poder amortizar esse ativo, no prazo previsto na legislação tributária, forçando as condições para reduzir o lucro tributável. (fls. 1754)*

*A operação estruturada basicamente em 4 (quatro) etapas indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única. Nesta hipótese, cumpre examinar se há motivos autônomos ou não, pois, se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.(fls. 1757)*

Pelo todo acima exposto, não houve justificativa econômica para a participação efêmera da GLBBT na compra das quotas da Sky. Objetivou-se ocultar a real operação societária, que foi a compra das quotas da Sky pela GLA Brasil, possibilitando a incorporação da GLBBT pela Sky a amortização do ágio de si mesma.

Isto também está muito claro na autuação fiscal:

*"O único fim visado era a utilização do tratamento fiscal de redução da carga tributária na **Sky Brasil**, cujo permissivo condicionava à incorporação/fusão/cisão da **GLA Brasil** e a sua investida (**Sky Brasil**), ou vice-versa."*

*"Como não foi essa a situação ocorrida, nem era vontade da **GLA Brasil**, se desfazer de sua participação na **Sky Brasil**, engendrou-se o artifício jurídico de interpor empresa veículo, efêmera (**GLBBT**), sem qualquer propósito comercial ou racionalidade econômica, aportar recursos financeiros para aquisição de participações, com ágio por expectativa de rentabilidade futura – de quantificação duvidosa, inclusive –para logo em seguida, ser esta incorporada pela sua controlada (**Sky Brasil**), e devolver as quotas do capital social da **Sky Brasil** à sua real investidora. Tudo isso ocorrendo no intervalo de apenas 1 (um) dia."*

*Como o investimento persistiu na GLA, continuou detentora de 93% de participação na Sky, não caberia amortização do ágio sem a simulação realizada, a teor do artigo 386 do RIR/99, uma vez que não ocorreu a absorção do patrimônio da outra.*

Em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos dos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a simples incorporação da pessoa jurídica. Entre as condições e requisitos previstos, é necessário que haja a absorção do investimento;

A mera transferência ou colocação de uma empresa veículo com ágio entre investidora e investida, ao final, quando incorporada aquela veículo, demonstra que o que houve foi a extinção da veículo, não da participação adquirida com ágio.

A interposição da GLBBT entre a GLA Brasil e a Sky Brasil, teve como único objetivo o de permitir o aproveitamento do ágio, o que afasta das condições exigidas pela lei de forma a permitir a sua utilização, vez que se tratou de um artifício jurídico sem qualquer propósito comercial ou racionalidade econômica.

Apesar de ser uma operação formalmente lícita, não contém substância comercial. Foi criada para contornar norma tributária, em prejuízo ao Erário.

Nos termos do TVF, entendeu que houve abuso de direito:

*Mostra-se, com as premissas aqui expostas, que além da ocorrência de extinção do investimento ou investida existe a necessidade de que o ágio efetivamente suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.*

*Vale lembrar que, com o advento do Código Civil veiculado pela Lei nº 10.406, de 2002, o abuso do direito passou a ser considerado um ato ilícito, nos termos de seu artigo 187 “in verbis”:*

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

*Após o Código Civil de 2002, como o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, em relação a questão tributária, o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. Vale dizer, a configuração de um ato ilícito (por abusivo) implica não estar mais diante de um caso de elisão, mas sim de evasão. Em resumo, a licitude dos atos é requisito indispensável para a existência do verdadeiro planejamento.*

*No caso presente, pode-se afirmar que as operações realizadas e descritas anteriormente são ilícitas, uma vez que visaram, exclusivamente, a dedutibilidade de um ágio indedutível consoante as normas fiscais vigentes, não fazendo jus ao benefício fiscal previsto no art. 386 do RIR/99.*

Como evidenciado acima, a situação até agora posta se enquadra na hipótese legal contida no artigo 187 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), acima transcrito, e não se enquadra nos requisitos do artigo 386 do RIR/99 que tratam de amortização de ágio.

A recorrente alega que a empresa veículo foi utilizada como meio legal de “*push down accounting*”, e ainda que a utilização da empresa veículo não gerou benefício ou vantagem fiscal ilegítima.

Conforme a doutrina, *push down accounting* é um método de avaliação de passivos e ativos, em que quando há aquisição do controle acionário de uma empresa subsidiária (adquirida ou investida), esta passa a adotar uma nova base contábil (*fair value*) para seus ativos e passivos, a partir do preço pago pela empresa controladora pela aquisição da subsidiária. Contudo, como demonstrado acima, com base na legislação vigente em 31/12/2007, válida para fins tributários no período fiscalizado, não havia respaldo legal para amortização do ágio de rentabilidade futura, sem a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida.

Alegar que a função da GLBBT foi de proporcionar outras consequências de ordem empresarial e não viabilizar a apuração e amortização do ágio, sem trazer qualquer elemento que demonstre que consequências foram essas, que se completaram em apenas um dia de sobrevida da referida empresa, não é aceitável. Até porque, a única consequência que restou provada foi a amortização do ágio que aqui se demonstrou indevida.

A contabilização divergente na GLA e na GLBBT, apontada pelo autuante, serviu somente como apêndice à demonstração do caráter fictício da operação que gerou a amortização do ágio.

Entretanto, cumpre ressaltar que se os lançamentos realizados têm caráter reflexivo, como alegado pela recorrente, os valores escriturados tinham que manter correspondência, uma vez que a GLA, ao final de toda a transação, aumentou sua participação na Sky em exatos 18,90%, ou seja: na totalidade da venda realizada.

Analisando as situações de ágio, e qual se enquadra a recorrente, cabe o que consta no v. acórdão recorrido, por bem enquadrar o ágio na situação de ágio transferido, do qual é pago entre partes independentes, valendo-se de uma empresa veículo.

Pelo acima exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto ao mérito.

Destaque-se que GLBBT não foi constituída como uma *holding* para aquisição de participação societária e não exerceu atividades ao longo do processo de negociação das quotas, inclusive porque o direito de preferência era de titularidade da sócia adquirente, GLA Brasil e de sua controladora DIRECTV Group. Somente quando definidos todos os parâmetros para a aquisição, especialmente o preço, GLBBT é interposta em 15/12/2010 e extinta poucas horas depois, mediante incorporação pela autuada.

Para além das evidências do fluxo econômico de recursos destinados à aquisição, a acusação fiscal teve em conta todos os parâmetros fáticos e jurídicos das operações realizadas, em especial o exercício do direito de preferência, e dessa forma aplicou, no âmbito tributário, os efeitos dos atos jurídicos efetivamente realizados, a partir dos quais resta evidente a ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida. Por óbvio, não basta avaliar a entrega de recursos financeiros para identificação de quem experimentou o sacrifício patrimonial na aquisição do investimento. É essencial a análise dos demais aspectos da motivação e negociação para tal aquisição e são estas evidências, antes detalhadas, que autorizam concluir, sem qualquer dúvida, que GLBBT não é a real adquirente das ações alienadas pelas ex-sócias GCP e Distel à sócia remanescente, GLA Brasil, e sua controladora, DIRECTV Group.

Sob esta ótica, as referências à existência de abuso de direito, na forma do art. 187 do Código Civil, mostram-se totalmente desnecessárias. Se, como bem observa a PGFN em contrarrazões, a pretensão da Contribuinte é invalidar a interpretação dos fatos expressa pela

autoridade fiscal por falta de um dispositivo legal que ampare este procedimento, não se pode olvidar que o art. 149, inciso IV e VII do CTN sempre autorizou o lançamento de ofício *quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória*, bem como *quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação*, a evidenciar, como bem expõe a PGFN, *a primazia da substância sobre a forma*, autorizando a autoridade fiscal a *não ficar circunscrita à forma como as partes documentaram determinado acontecimento se outros elementos a convencem que o documentado não reflete a realidade*.

Observe-se, ainda, que a Contribuinte se limita a invocar o posicionamento do paradigma n.º 1302-001.977, no qual é defendido que *o abuso de direito ainda depende de regulamentação do art. 116, parágrafo único, para que seja aplicável no campo do direito tributário*, e afirmada a inexistência de simulação por se tratar de operação que se entendeu amparada pelo art. 36 da Lei n.º 10.637/2002, dispositivo que não tem aplicação no presente caso. Nada opõe, assim, à caracterização de simulação na figuração de GLBBT como adquirente em uma operação na qual GLA Brasil, e sua controladora, DIRECTV Group, exerceram o direito de preferência em relação às quotas alienadas. E esta circunstância está validamente exposta na acusação fiscal, como se vê às e-fls. 1770/1772 do Termo de Verificação Fiscal.

No que se refere à validade das operações e presença de propósito comercial na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, não se pode acolher as alegações da Contribuinte. A legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida. Irrelevante, assim, se a amortização do ágio seria possível caso GLA Brasil incorporasse ou fosse incorporada pela autuada. Fato é que esta incorporação não ocorreu, e o requisito legal para dedução fiscal do ágio não foi cumprido.

O investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida, de modo a viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão n.º 1101-000.961:

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banessa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM n.º 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM n.º 319/99:

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

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei n.º 9.532/97:

*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 n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

[...]

*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. (negrejou-se)*

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

*Art. 23. [...]*

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

*[...]*

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

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

*II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*

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

*[...]*

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida<sup>20</sup>. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado)* (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem* (Op. cit. p. 74).

<sup>20</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97.

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito comercial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite simular situações jurídicas como as verificadas nestes autos. Veja-se, aliás, que a Contribuinte se limita a afirmar que *a participação da GLBBT estava atrelada a propósitos de natureza extrafiscal, o que pode ser verificado pelo simples fato de que a transação poderia ter sido realizada diretamente pela GLA, com a incorporação da Sky Brasil por esta última sociedade, ou vice-versa*. Ou seja, invoca a operação possível, e que não foi realizada por interesses outros do grupo empresarial, para justificar a validade da interposição de GLBBT como meio para desfrute dos benefícios fiscais que ficariam prejudicados com aquela escolha empresarial. Pretende, portanto, que a Sociedade arque com os prejuízos decorrentes dessa escolha, aceitando a redução das bases tributáveis da autuada pelo ágio pago por sociedades que não participaram da incorporação que antecedeu o registro das amortizações.

Por fim, no que se refere à impossibilidade de considerar que GLBBT não seria a “real adquirente” do investimento, releva notar que o entendimento invocado pela Contribuinte, expresso no paradigma nº 9101-003.609, teve em conta circunstâncias específicas, ausentes nestes autos, e assim referidas no voto condutor de referido julgado:

Acrescento às razões de decidir que no caso dos autos havia imposições da CVM e ANEEL que justificam por questões societárias e regulatórias – a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da “*empresa veículo*”. O artigo 15, da Instrução 319 da CVM atesta que haveria “abuso” do poder de controle caso o contribuinte não constituísse a “*empresa veículo*” em discussão nestes autos:

[...]

A esse respeito, são precisas as considerações do Conselheiro Gerson Macedo Guerra (acórdão **9101-003.362**), em voto vencido – proferido no processo do mesmo contribuinte recentemente julgado, que acompanhei àquela ocasião:

[...]

Vêse, pois, que a incorporação direta da ISA Capital apenas não foi implementada em razão de proibições que o próprio Governo Federal, do qual a RFB faz parte, determinou (normas da CVM e ANEEL). Tais proibições decorreram da impossibilidade de transferência, pela Isa Capital à Contribuinte Recorrente, do forte endividamento decorrente dos recursos captados de terceiros (emissão de dívida no mercado internacional) para a aquisição da Contribuinte Recorrente no processo de privatização. Essas proibições, importa desde já destacar, são o verdadeiro propósito negocial da validade da estrutura implementada pela Contribuinte Recorrente.

[...]

Estas as razões, portanto, para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial da Contribuinte no que se refere às glosas de amortização de ágio.

Com respeito à penalidade aplicada, esta Conselheira já se manifestou contrariamente à sua qualificação em operações societárias semelhantes, sob o entendimento de que, se houve ágio pago entre partes independentes, a interpretação equivocada da lei, no sentido da possibilidade de transferência do ágio pago para empresa-veículo, de modo a viabilizar a amortização do ágio pago por outra pessoa, não justificaria a aplicação de multa mais gravosa.

Contudo, o presente caso exhibe como agravante o fato de a aquisição decorrer do exercício do direito de preferência por GLA Brasil que, juntamente com sua controladora (DIRECTV Group) participou de toda a negociação para definição do preço da alienação, interpondo GBBLT por algumas horas na operação, de modo que ela apenas promovesse a liquidação financeira da aquisição antes acordada. Neste cenário, não é possível vislumbrar nenhuma justificativa razoável para esta titularidade transitória e efêmera das quotas da autuada por GBBLT, que não a construção de um cenário que aparentasse aquele autorizado em lei para amortização fiscal do ágio pago por GLA Brasil e DIRECTV Group.

A acusação fiscal claramente demonstra a *construção artificial* buscada para alcançar indevidas vantagens fiscais. Depois de expor a necessidade de evidenciação do dolo para qualificação *do agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude*, a autoridade lançadora assim conclui, a partir do cenário fático já debatido no mérito precedente:

Portanto, pode-se concluir que a definição de fraude que dá suporte à qualificação da multa implica em ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante da análise da amortização do ágio realizado pela **Sky Brasil**, cujo objetivo foi obter vantagens tributárias indevidas.

A princípio, ao se deparar com a amortização do ágio, a fiscalização está diante de um valor dedutível por força da previsão legal, já que, tanto o surgimento do ágio quanto a reestruturação societária são aceitos pelo ordenamento.

No entanto, existem circunstâncias que, como visto, permitem a glosa das despesas de amortização do ágio.

Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros fiscais e societários de forma a dar uma aparência de correção ao ágio amortizado tributariamente e à reestruturação societária sem propósito negocial, pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Ao agir desta maneira, portanto, não pode a **Sky Brasil** invocar desconhecimento ou prática de erro escusável: nem quando foi interposta a empresa **GLBBT** para justificar o ágio, nem quando a empresa veículo foi incorporada e nem quando ele começou a ser amortizado.

A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial ou societário na incorporação realizada, à luz do art. 966 do Código Civil, ficando caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo”, interposta, para

propiciar a indevida amortização fiscal do ágio a partir de sua incorporação, apenas com o fim almejado de redução do valor tributável do IRPJ e CSLL.

Para permitir a incorporação de pessoa jurídica e procurar se enquadrar no disposto nos artigos 7º da Lei 9.532/97, e 386 do RIR/99, foi utilizada a **GLBBT**, sem qualquer outro propósito que não a redução do valor dos tributos devidos. Empresa que, em seu curto período de existência— inclusive operacional — não incorreu em custos, despesas ou receitas, além do pretense investimento na **Sky Brasil**.

GLBBT era, assim, apenas uma pessoa jurídica reativada por poucas horas para figurar como pagadora dos direitos titulados pelos alienantes das quotas em razão da aquisição acordada entre eles e GLA Brasil e DIRECTV Group, e, na sequência, ser extinta por incorporação pela autuada. A interposição de GLBBT, assim, antedeu ao interesse empresarial de não integrar a autuada e GLA Brasil, mas resultou na criação artificial de uma incorporação com a participação da adquirida para atrair a aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Não há dúvida, assim, na intenção dolosa de reduzir, indevidamente, as bases tributáveis da autuada. E o voto de qualidade expresso pelo Colegiado *a quo* ao manter esta imputação não se presta a evidenciar qualquer dúvida, porque expressa, apenas, o empate entre os integrantes do Colegiado que têm convicções distintas a partir dos fatos examinados.

Quanto ao paradigma nº 9101-003.074, releva notar que a qualificação da penalidade fora afastada no julgamento do recurso voluntário sob o entendimento de que as operações analisadas *não foram tidas como simuladas ou inexistentes, sendo que a ausência de propósito negocial apenas impede a dedução fiscal do ágio, mas não autoriza a qualificação da penalidade*. Já no presente caso a aquisição decorre do exercício do direito de preferência por parte de sociedades que são substituídas por algumas horas na liquidação financeira da aquisição, de modo a simular que o adquirente seria outra pessoa jurídica que poderia ser extinta, na sequência, por incorporação da adquirida, distintamente da real adquirente, para a qual o grupo empresarial projetava outras expectativas. Há, portanto, um cenário característico de simulação e que impede a transposição do entendimento dos julgados referidos pela contribuinte não só na primeira divergência acerca da qualificação da penalidade, como também no âmbito da desqualificação de *negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, por suposta falta de propósito negocial e substância econômica*, ponto no qual deve-se replicar, aqui, o posicionamento antes expresso acerca da desnecessidade de se invocar o art. 187 do Código Civil para as consequências aplicadas pela autoridade lançadora nestes autos.

No mais, como bem exposto na acusação fiscal, as providências precedentes à liquidação financeira da operação com a interposição de GLBBT, decorrentes do exercício do direito de preferência na aquisição das quotas da autuada, não permitem cogitar de erro na interpretação da legislação fiscal. O grupo empresarial demonstrou plena consciência das consequências fiscais da aquisição no formato que lhes era imposto em razão do direito de preferência e somente quando foi acordada promoveu os ajustes finais para auferir as vantagens fiscais que seriam excluídas com a escolha empresarial de não integrar a real adquirente e a adquirida.

Em circunstâncias semelhantes, este Colegiado já decidiu, por voto de qualidade, vencidos os conselheiros vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, José Eduardo Dornelas Souza e Gerson Macedo Guerra, dar provimento a recurso especial da PGFN para restabelecer a qualificação da penalidade. Tal se deu, por exemplo, por meio do Acórdão nº 9101-002.802, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

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

**INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.**

Para dedução fiscal da amortização de ágio 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 do ágio quando a incorporadora não pagou pela aquisição do investimento.

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

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

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.**

Quando o planejamento tributário evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que se tratava de uma outra operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude a ensejar a multa qualificada.

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.**

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa isolada, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

**MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. CUMULATIVIDADE COM A MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL.**

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma "serão aplicadas as seguintes multas", deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual. O princípio da consunção não é aplicável nas infrações referidas.

**ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**

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

**CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada no lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, ao lançamento da CSLL.

São aqui adotadas as razões de decidir assim expostas pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo:

A fiscalização entendeu que o contribuinte agiu com dolo ao amortizar ágio de terceiros, transferido por meio da interposição de empresa veículo na compra da PRODESMAQ S/A, o que deu ensejo à qualificação da multa de ofício imposta sobre o valor dos tributos que deixou de ser recolhido.

A decisão recorrida afastou o dolo por entender que, se o ágio foi pago e a transação ocorreu entre partes independentes, a interpretação equivocada da lei não é suficiente para manutenção da qualificadora.

A Fazenda Nacional recorreu contra essa decisão, por entender que a desnecessária interposição de uma empresa veículo na compra da PRODESMAQ S/A, chegando-se ao mesmo resultado de uma compra direta, diferenciando-se apenas pela transferência do ágio, demonstra um artificialismo que caracteriza o dolo do contribuinte.

O contribuinte, em contrarrazões, afirma que o recurso da Fazenda Nacional não deve ser provido em razão de a fiscalização não ter demonstrado a ocorrência de simulação, fraude ou conluio, conforme exigido pela legislação. Ademais, a jurisprudência do

CARF é majoritária no sentido de não ser aplicável a qualificação da multa de ofício quando da dedução da amortização de ágio em casos semelhante ao presente.

E, no que diz respeito à acusação fiscal de empresa veículo, quando fala do propósito negocial, aduz o contribuinte que a CCL PAR era necessária para a centralização das atividades do Brasil.

Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.

A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois qual a razão de ser de uma empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?

Entendo que o argumento de que a CCL PAR não pode ser considerada como empresa veículo, porque possuía um propósito negocial, que era a introdução da CCL INC no mercado nacional, viabilizando a aquisição da PRODESMAQ S/A, não justifica o planejamento adotado porque o investimento dessa empresa estrangeira, no Brasil, poderia ter sido feito de forma direta, ou seja, pela aquisição direta da PRODESMAQ S/A, assim como ocorreu com a aquisição da CCL PAR. Ou seja, a PRODESMAQ S/A poderia, sim, ser essa centralizadora das atividades no Brasil.

Assim, o único propósito da interposição da CCL PAR na aquisição da PRODESMAQ INC foi possibilitar que o ágio, o qual foi suportado pela empresa estrangeira, fosse transferido para a empresa adquirida.

Aqui também, com mais razão, a aquisição do investimento foi negociada e seu preço foi definido sem qualquer participação de GLBBT, cuja atividade se resumiu às poucas horas em que figurou no Contrato de Compra e Venda, para fins de liquidação financeira da operação, até ser incorporada pela investida.

Não merece reparos, assim, a conclusão fiscal de que a Contribuinte agiu *com dolo, cometendo fraude, justificando a qualificação da multa nos termos da própria Lei nº 9.430, de 1996*.

Por tais razões, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte acerca da qualificação da penalidade.

Em conclusão, o presente voto é no sentido de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

## Voto Vencedor

Conselheira Livia De Carli Germano, Redatora designada.

Na sessão de julgamento fui designada para redigir o voto vencedor **especificamente quanto à qualificação da multa**, esclarecendo as razões pelas quais prevaleceu o entendimento de que a exasperação não poderia subsistir no presente caso.

Mais recentemente, tem prevalecido nesta 1ª Turma da CSRF o entendimento de que o fato de se concluir que determinado planejamento tributário é “abusivo” (no sentido de ser passível de requalificação pela autoridade fiscal) não é razão suficiente para a qualificação da multa de ofício. Cito como exemplo a seguinte decisão:

Acórdão 9101-005.761, sessão de 8 de setembro de 2021

### **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

**MULTA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUÍO. 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.

Assim como no caso dos autos, a autuação analisada em tal precedente esteve baseada na acusação de utilização de “empresa veículo” a fim de viabilizar a amortização fiscal do ágio. Tal julgado ilustra que em uma operação assim requalificada pela autoridade fiscal (com a consequente manutenção da glosa da despesa com amortização de ágio por tal fundamento), não necessariamente se concluirá que a multa aplicável será a penalidade qualificada de 150%.

De fato, ordinariamente<sup>21</sup> a legislação prevê 3 escalonamentos para as multas tributárias. Em caso de simples mora, a multa é graduada conforme o atraso e está limitada ao percentual de 20% (art. 61 da Lei 9.430/1996<sup>22</sup>). Caso verificada, por meio de lançamento de

---

<sup>21</sup> Há outras multas por situações específicas tais como a multa isolada em caso de falta de recolhimento de antecipações mensais (art. 44, II, Lei 9.430/1996), multa agravada pelo não atendimento à fiscalização (art. 44, par. 2º da Lei 9.430/1996) e multas por desatendimento a obrigações acessórias.

<sup>22</sup> Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

(...)

ofício (auto de infração), falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração ou declaração inexata, a multa será, em regra, aplicada no percentual de 75%, independentemente da intenção do agente (art. 136 do CTN<sup>23</sup> e art. 44, I, da Lei 9.430/1996):

#### **Lei 9.430/1996**

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

Por outro lado, se, para além de tais circunstâncias, a situação se encaixar “*nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964*” (artigos que definem, respectivamente, os tipos “sonegação”, “fraude” e “conluio”), aí sim, a multa pode então ser duplicada e atinge o percentual de 150% (art. 44, I e §1o, da Lei 9.430/1996), o que se entende por “multa qualificada”.

#### **Lei 4.502/1964**

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

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

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

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

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

Em resumo, as infrações fiscais verificadas por meio de auto de infração já são penalizadas com o acréscimo de 75% do valor devido (no lugar da multa de mora de 20%), sempre independentemente da intenção do agente, mas duplicação da multa para 150% (isto é, a qualificação da penalidade) é situação excepcional, autorizada apenas se provada a ocorrência de uma das situações específicas previstas na legislação, quais sejam: “sonegação”, “fraude” ou “conluio”.

Há relativo consenso de que a busca por uma economia de tributos, por si só, não é capaz de dar ensejo à duplicação da multa de ofício de 75%, bem como de que a qualificação depende da comprovação de dolo do sujeito passivo. Os debates estão mesmo nos casos

---

<sup>23</sup> CTN, Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

concretos, quando se busca definir o que caracterizaria o dolo subjacente à prática dos atos previstos nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/1964.

Em termos gerais, tem se entendido que, para que se possa qualificar a multa, não basta a intenção de economizar tributo, é necessário também que a autoridade autuante prove que tal economia se deu por meio da prática de atos que se sabia não poder ou não dever serem praticados.

No caso dos autos, ao manter a glosa com as despesas com amortização de ágio, o voto vencido acima – que em tal matéria é vencedor – concluiu que “*GLBBT prestou-se como veículo do ágio para a adquirida, ao ser por ela incorporada, assim provocando a ocorrência de situação que, na concepção das sociedades do grupo econômico, se enquadraria na hipótese permissiva de amortização do ágio.*”

Em síntese, a análise de aspectos da operação e da negociação levou à conclusão de que “*GLBBT não seria a real adquirente das ações alienadas pelas ex-sócias GCP e Distel à sócia remanescente, GLA Brasil, e sua controladora, DIRECTV Group*”. Isso porque, não obstante fosse possível verificar a participação da GLBBT em termos formais, constatou-se que “*GLBBT não foi constituída como uma holding para aquisição de participação societária e não exerceu atividades ao longo do processo de negociação das quotas, inclusive porque o direito de preferência era de titularidade da sócia adquirente, GLA Brasil e de sua controladora DIRECTV Group. Somente quando definidos todos os parâmetros para a aquisição, especialmente o preço, GLBBT é interposta em 15/12/2010 e extinta poucas horas depois, mediante incorporação pela autuada.*”

A constatação de que há nos autos indícios convergentes de que não teria sido GLBBT quem, de fato, adquiriu o investimento, tendo sido praticadas “*operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica*”, levou à conclusão pela manutenção da glosa das despesas com amortização de ágio, sendo os atos assim requalificados para fins fiscais.

A questão é que, enquanto o sujeito passivo entendeu que a interposição da GLBBT na operação teria o condão de gerar o registro do ágio por esta sociedade, e a correspondente amortização fiscal a partir da incorporação da GLBBT pela investida, a autoridade autuante entendeu de forma contrária, o que levou à glosa das despesas correspondentes.

Constata-se aí, uma típica situação de divergência quanto à interpretação da legislação tributária aplicável: a interposição da GLBBT na operação e a prática de “*operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica*”, não teve o condão de produzir os efeitos tributários pretendidos pelo sujeito passivo. Mas só. Tal constatação é suficiente para corroborar a glosa das despesas, e até se pode concluir pela intenção de se reduzir as bases tributáveis, mas não há nos autos prova do dolo do sujeito passivo dolo subjacente à prática dos atos previstos nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/1964.

Ante o exposto, oriento meu voto para dar provimento parcial ao recurso especial, para afastar a qualificação da multa de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano



## Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Com a devida vênia ao voto da ilustre conselheira relatora, apresento aqui declaração de voto em sentido contrário no que tange ao mérito.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que todos os atos societários relacionados à operação foram devidamente formalizados e registrados perante os órgãos competentes, de forma que todas as operações foram feitas “às claras”.

Também se torna relevante destacar o ordenamento jurídico ao qual estava submetida a amortização do ágio, isto é, o artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e o artigo 7º da Lei n. 9.532/97.

Nesse sentido, houve total cumprimento ao disposto no artigo 7º da Lei n. 9.532/97, que assim dispõe:

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)*

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

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

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

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

Assim, houve operação de incorporação entre investida e investidora (a chamada “confusão patrimonial”), sendo que o investimento da investidora na investida havia sido feito

com ágio nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e houve a amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura no prazo previsto em lei.

O cerne da discussão é que o investidor que adquiriu o investimento com ágio não seria o real adquirente do investimento, de forma que não teríamos nesta situação a confusão patrimonial entre a investida e o seu real adquirente.

Não nos parece que seja profícua essa busca por uma potencial real adquirente ou até por uma real adquirida. O Direito trabalha com o estabelecimento de uma série de consequências jurídicas para quem pratica determinadas hipóteses abstratas.

Considerando que o sistema jurídico tributário brasileiro tem como premissa a segurança jurídica, é fundamental que os contribuintes possuam uma previsibilidade acerca das consequências dos atos que serão praticados para que eles possam decidir por fazê-los ou não diante de tais consequências.

Uma das principais faces da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário se dá com base no princípio da legalidade, por meio do qual toda e qualquer tributação dependerá de previsão legal, assim como as proibições a determinados comportamentos devem ser expressas.

No âmbito do Direito Tributário, já houve tentativas de se estabelecer uma norma geral anti elisiva, no entanto, até hoje esta norma não foi instituída. Nessa linha, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (incluído pela Lei Complementar n. 104/01), trouxe apenas uma norma anti dissimulação e ainda expressa previsão legal de que tal norma será regulamentada, o que não veio a acontecer.

Muito pelo contrário, já houve tentativa de regulamentação tanto na Medida Provisória n. 66/02, quanto pela Medida Provisória n. 685/15, mas em ambas as situações o Congresso Nacional rejeitou explicitamente essa regulamentação, por mais que ambas as medidas provisórias tenham sido convertidas em lei ordinária.

Assim, teorias estrangeiras de combate aos planejamentos tributários como propósito negocial, abuso de forma, abuso de direito, consideração econômica, dentre outras, permanecem alienígenas em relação ao nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Com fundamento na premissa da segurança jurídica, cabe ao contribuinte verificar a legalidade ou ilegalidade de uma determinada situação jurídica a ser por ele praticada.

Dessa forma, entendo que aos julgadores de um processo administrativo ou judicial caberia a análise tão somente se os atos praticados pelo contribuinte estão de acordo ou contrários à lei.

No caso concreto, nota-se que o adquirente jurídico do investimento com ágio foi incorporado pela adquirida, ou seja, todos os requisitos formais foram devidamente cumpridos.

A busca por uma eventual real adquirente deixa de lado todos os atos jurídicos que foram devidamente praticados e passa a adotar uma busca de cunho econômico. Vale notar que a pessoa jurídica é uma ficção jurídica, de forma que se levarmos a fundo a ideia do real adquirente, se buscará sempre uma “pessoa física”, que será em último caso a sócia “final” de uma pessoa jurídica ou de um grupo econômico.

Se partirmos do pressuposto que temos que olhar a origem dos recursos econômicos de uma pessoa jurídica para determinar a real adquirente, chegaríamos ao extremo de dizer que se um pai faz uma doação a um filho para que o filho adquira um imóvel, temos que

embora o adquirente jurídico do imóvel seja o filho com recursos oriundos da doação, o real adquirente do imóvel é o pai. Note-se como essa busca por um real adquirente faz de todo o ordenamento jurídico uma tábula rasa.

Geralmente nos casos de aquisição de investimento com ágio, é comum que uma pessoa jurídica constitua uma outra pessoa jurídica (ou se utilize de uma pessoa jurídica já existente) e faça uma integralização de capital nessa investida, sendo que a investida é que fara a aquisição de uma outra pessoa jurídica com ágio.

Por mais que possamos fazer o caminho dos recursos econômicos, houve uma operação de integralização de capital, de forma que a investida possui recursos para fazer uma aquisição com ágio, tal qual o exemplo do pai que doou recursos para que seu filho adquira o imóvel. Não me parece que o problema esteja no fato da integralização de capital em si, pois se os recursos tivessem sido obtidos por doação, muito provavelmente a autuação continuaria sendo fundamentada na questão da real adquirente.

Vale notar que não há dispositivo legal autorizando uma fundamentação do auto de infração com base no fato de que a investidora não é a real adquirente. O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional permite a revisão do lançamento tributário quando há comprovação de que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

Tal comprovação deve ser inequívoca, o que somente pode ser feito quando se comprova que o contribuinte agiu em desacordo com a lei.

Mais uma vez, no caso concreto, o contribuinte seguiu o artigo 7º da Lei n. 9.532/97. A conduta dolosa exigida pelo artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional pressupõe que o contribuinte tenha total ciência de que esteja agindo em desacordo, o que não acontece em um caso em que inexistente uma vedação expressa.

O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional também se refere à ocorrência de fraude ou simulação, o que não ocorre no caso concreto em que todo o fluxo dos recursos financeiros foi devidamente formalizado e registrado publicamente. Não há nada escondido. Se entendermos que não é possível a integralização de capital em uma pessoa jurídica para que esta realize uma aquisição de participação societária com ágio, também é impossível por decorrência lógica que um pai doe recursos para um filho, para que este faça a aquisição de um veículo, pois o “real adquirente” do imóvel seria o pai.

Feitas tais considerações de âmbito mais geral e que para mim já seriam causas para que fosse dado provimento ao Recurso da contribuinte, até para os julgadores que entendem que deve haver um propósito comercial (em que pese tal teoria não tenha sido internalizada em nosso ordenamento jurídico, pelo menos não pelo Poder Legislativo), o fato é que no caso concreto havia motivações regulatórias que faziam com que fosse exigível a criação de uma pessoa jurídica para que fosse feita a aquisição por meio dela.

Ademais, para alguns julgadores (dentre os quais eu não me incluo), se torna relevante saber se a pessoa jurídica criada para fazer a aquisição possuía operações, o que demonstraria que ela possui outros propósitos comerciais. Considerando que no caso concreto, estamos diante de um setor regulado, que é o setor de telecomunicações, podemos verificar o que significaria ter propósito comercial a partir da própria Lei de Licitações da época, isto é, a Lei n. 8.666/93, sendo que o artigo 31 da referida norma exige a comprovação da boa situação financeira da empresa por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social. A depender de cada edital, exige-se apenas que haja um

índice de liquidez positivo, de forma que uma exigência implícita de um “propósito comercial” parece trazer uma exigência maior do que uma exigência licitatória.

Em suma, o uso de uma “empresa veículo” é uma decorrência lógica da própria amortização fiscal do ágio, uma vez que o artigo 7º da Lei n. 9.532/97 exige a dita “confusão patrimonial” entre investidora e investida, não cabendo se falar em proibição ao seu uso e muito menos é lógico buscar uma “real adquirente” de um investimento, visto que no fundo sempre haverá uma “pessoa física”, além do que fazer com que a busca da origem dos recursos econômicos ultrapasse os “contratos jurídicos” faz com que diversas situações possam também a vir ser desconsideradas no futuro.

Além disso, em que pese a não adoção do propósito comercial no ordenamento jurídico brasileiro e rejeições expressas de sua adoção pelo Poder Legislativo, o fato é que a criação de uma “empresa veículo” para viabilizar a amortização fiscal do ágio seria um propósito por si só. Mas ainda se assim não fosse, uma exigência regulatória é um bom motivo para a sua constituição.

No que tange à qualificação da multa, também não há que se falar em multa qualificada aplicada a um contribuinte que cumpriu integralmente o artigo 7º da Lei n. 9.532/97 e que teve todos os atos societários devidamente formalizados.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso da Contribuinte.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO