



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720031/2016-31
ACÓRDÃO	9101-007.285 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	4 de fevereiro de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO CONTRIBUINTE
RECORRENTE	COMPANHIA DE GAS DE SAO PAULO - COMGAS
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding para adquirir participação societária com ágio e, posteriormente, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o seu aproveitamento fiscal, não caracteriza simulação, de modo que resta indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes, ainda que sob a motivação de ausência de propósito negocial, figura esta que, na verdade, não foi incorporada ou recepcionada pelo Direito Tributário Brasileiro.

A tese fazendária do “real adquirente”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2013, 2014

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO ÂMBITO DA APURAÇÃO DA CSLL.

Inexiste qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que reduziu indevidamente as bases tributáveis da Contribuinte.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2013, 2014

ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. DESCABIMENTO DE MULTA QUALIFICADA.

A utilização da dita empresa-veículo para fins de amortização fiscal do ágio, ainda que considerada sem propósito negocial, não caracteriza dolo, fraude ou sonegação, o que enseja a redução da multa de ofício de 150% para 75

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso especial nas matérias (3) Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta “Empresa Veículo” (englobando-se as matérias “4” e “5”), (6) Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível; e (7) Insubsistência da Multa de Ofício Qualificada – Inexistência de Dolo ou Fraude. No mérito: (i) quanto à matéria Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta “Empresa Veículo”, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, com retorno à DRJ para apreciação dos questionamentos acerca do laudo apresentado para prova do fundamento do ágio, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar provimento; (ii) no que diz respeito à matéria Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros, Luis Henrique Marotti Toselli (relator). Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior que votaram por dar provimento; e (iii) relativamente à matéria Insubsistência da Multa de Ofício Qualificada – Inexistência de Dolo ou Fraude, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por dar provimento parcial. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Votaram pelas conclusões: quanto ao conhecimento da matéria Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível, a Conselheira Edeli Pereira Bessa; relativamente ao mérito da matéria Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta “Empresa Veículo”, os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto; e quanto ao voto vencedor da matéria Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível, o Conselheiro Jandir José Dalle Lucca. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa – Redatora Designada

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela contribuinte em face do Acórdão nº **1402-003.851** (fls. 2.723/2.759), o qual negou provimento ao recurso voluntário e deu provimento ao recurso de ofício com base na seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. SOCIEDADE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, quando ausente o propósito comercial, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte. As operações levada a termo nesses moldes devem ser desqualificadas para fins tributários.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE VERIFICADO. CABIMENTO.

Cabe a aplicação de multa qualificada quando verificado o evidente intuito de fraude por parte do sujeito passivo.

Em síntese, trata-se de processo administrativo decorrente de Autos de Infração que exigem IRPJ e CSLL, relativos aos anos de 2013 e 2014, acrescidos de multa qualificada, em razão da caracterização das seguintes infrações: a) *Despesas Financeiras Não Dedutíveis: pagamento de juros sobre o capital próprio em excesso*; e b) *Exclusões Indevidas: valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, relativo à amortização de ágio*.

Após apresentação de impugnação, as infrações foram mantidas, tendo sido afastada a qualificação da penalidade.

A contribuinte, então, interpôs recurso voluntário, o qual foi assim resumido pelo acórdão ora recorrido:

- 1) deveria ocorrer a suspensão do julgamento em virtude da Medida Provisória nº 765/16, que estabelece o bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária aos auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil. Dada a composição do CARF com representantes da RFB, violaria a imparcialidade da administração pública, tal qual disposto no art. 37 da CF. De resto, seja suspenso o julgamento até o julgamento da (in)constitucionalidade deste Programa/Bônus;
- 2) a operação realizada foi lícita, bem como todos os seus atos societários, havendo o conhecimento de todos os órgãos competentes envolvidos. Não bastaria ver os fatos como descritos fotografia a fotografia, mas sim analisar o filme como um todo. Após, passa a analisar os envolvidos e justificar a operação ocorrida;
- 3) houve a nulidade do acórdão recorrido em razão de ausência de fundamentação. No seu entender, a turma julgadora *a quo* fez afirmações rasas, genéricas e desconexas dos argumentos de defesa trazidos na peça impugnatória. Igualmente, o v. acórdão recorrido limitou-se em alguns momentos a reproduzir trechos de decisão proferida pelo CARF em outro processo;
- 4) houve nulidade do v. acórdão recorrido por conta de alteração do critério jurídico no seu julgamento em relação a atuação fiscal. Inovou e acrescentou argumentos;
- 5) as operações realizadas e o respectivo aproveitamento fiscal do ágio foram legítimos. Foram lícitos tanto no aspecto contábil/societário quanto no aspecto fiscal;
- 6) houve a demonstração do propósito comercial e da necessidade da sociedade "Provence", inexistindo a figura da empresa veículo;
- 7) houve possíveis estruturas alternativas para o aproveitamento do ágio, aos quais a autoridade fiscal disse no TVF o contrário, o que não se fundamenta. *Fato é que a Recorrente demonstrou que havia estruturas alternativas para se realizar*

a operação em comento, que conduziram ao mesmo resultado fiscal que foi obtido com as operações questionadas nestes autos para a Recorrente e o Grupo Cosan, mas que prejudicariam a arrecadação do Fisco Federal;

8) há fatores negociais/econômicos que comprovam o propósito comercial, o qual repete da sua peça impugnatória;

9) há jurisprudência administrativa acerca da existência de propósito comercial em face da demonstração de motivos extrafiscais;

10) está ocorrendo uma ingerência pela autoridade fiscal na atividade desenvolvida pela recorrente;

11) as supostas empresas veículo são válidas de acordo com a jurisprudência do CARF;

12) o demonstrativo do fundamento econômico do ágio existe e foi apresentado na peça impugnatória, que foi desconsiderado pela autoridade fiscal;

13) inexistente previsão legal para a adição na base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela autoridade fiscal;

14) os juros sobre o capital próprio (JCP) pagos em 2013 e 2014 são dedutíveis integralmente, em virtude do regime jurídico-tributário aplicável aos JCP, e a glosa da dedutibilidade fiscal do ágio não impacta o registro contábil do ágio;

15) há a necessidade do restabelecimento dos prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL compensados de ofício pela autoridade fiscal;

16) há ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa;

Tramitado o feito, foi proferido o referido Acórdão nº **1402-003.851** (fls. 2.723/2.759), cuja parte dispositiva recebeu a seguinte redação:

Acordam os membros do colegiado: i) por unanimidade de votos: i.i) rejeitar a preliminar de suspensão do julgamento em razão da Medida Provisória nº 765/2016; i.ii) rejeitar a arguição de nulidade do acórdão recorrido por ausência de fundamentação; i.iii) rejeitar a arguição de nulidade do acórdão recorrido por alteração de critério jurídico; i.iv) rejeitar a preliminar de aplicação do art. 24 da LINDB, votando pelas conclusões os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Junia Roberta Gouveia Sampaio; i.v) negar provimento ao recurso voluntário relativamente aos juros de mora sobre a multa de ofício; ii) por voto de qualidade: ii.i) negar provimento ao recurso voluntário relativamente às exigências de IRPJ e CSLL sobre as glosas de amortização de ágio, divergindo os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio que restituíam os autos à DRJ para apreciação dos questionamentos acerca do laudo apresentado para prova do fundamento do ágio; ii.ii) negar provimento ao recurso voluntário relativamente à glosa de juros sobre o capital próprio, divergindo os Conselheiros Caio Cesar

Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio, que davam provimento ao recurso voluntário; e ii.iii) dar provimento ao recurso de ofício, divergindo os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio, que negavam provimento; e iii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário relativamente ao restabelecimento dos prejuízos e bases negativas aproveitados no lançamento, divergindo as Conselheiras Junia Roberta Gouveia Sampaio e Edeli Pereira Bessa, que deferiam o pedido.

Contra essa decisão a contribuinte opôs embargos de declaração (fls. 2.771/2.790), tendo sido este acolhido de forma parcial.

Foi, então, proferido o Acórdão de embargos nº **1402-006.052** (fls. 3.110/3.114) para fins de *sanar o lapso manifesto suscitado*, de modo a incluir na ementa a matéria de JCP, o que foi feito com o seguinte texto:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. SOCIEDADE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, quando ausente o propósito negocial, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte. As operações levada a termo nesses moldes devem ser desqualificadas para fins tributários.

Intimada da decisão, a contribuinte apresentou o recurso especial, tendo sido este admitido parcialmente, nos seguintes termos (fls. 3.914/3.955).

[...]

O apelo submete 09 (nove) propostas de divergência, com respectivos paradigmas:

(1) “Nulidade do Acórdão da DRJ e do Acórdão Recorrido – Alteração do Critério Jurídico”

Paradigma nº 9303-001.690 – processo 13052.000295/2003-10 – sessão de 05/10/2011

Paradigma nº 1301-001.436 – processo 19515.002126/2009-93 – sessão de 12/03/2014

(2) “Nulidade do Acórdão da DRJ e do Acórdão Recorrido – Omissão Quanto ao Demonstrativo do Fundamento Econômico do Ágio”

Paradigma nº 1102-001.005 – processo 10935.722212/2012-04 – sessão de 05/12/2013

Paradigma nº 3101-001.684 – processo 10814.721106/2012-71 – sessão de 20/08/2014

(3) “Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta ‘Empresa Veículo’”

Paradigma nº 9101-006.049 – processo 16327.720694/2016-28 – sessão de 04/04/2022

Paradigma nº 1201-005.622 – processo 16561.720030/2017-77 – sessão de 20/10/2022

(4) “Impossibilidade de Aplicação da Teoria do Propósito Negocial”

Paradigma nº 1302-002.045 – processo 16561.720167/2014-89 – sessão de 16/02/2017

Paradigma nº 1302-001.150 – processo 16682.720880/2011-11 – sessão de 07/08/2013

(5) “Existência de propósito negocial em face de motivos extrafiscais”

Paradigma nº 9101-003.609 – processo 16561.720032/2015-02 – sessão de 05/06/2018

Paradigma nº 1301-001.505 – processo 16327.001743/2010-34 – sessão de 06/05/2014

(6) “Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível”

Paradigma nº 9101-005.773 – processo 16561.720028/2014-55 – sessão de 09/09/2021

Paradigma nº 9101-005.894 – processo 16327.720977/2012-46 – sessão de 01/12/2021

(7) “Insubsistência da Multa de Ofício Qualificada – Inexistência de Dolo ou Fraude”

Paradigma nº 9101-005.876 – processo 16561.720192/2012-09 – sessão de 11/11/2021

Paradigma nº 9101-005.872 – processo 10855.724094/2011-70 – sessão de 11/11/2021

(8) “Impossibilidade de Desconsideração da Reserva Especial de Ágio – Ágio Existente Decorrente de Operação Real”

Paradigma nº 1301-002.278 – processo 10830.016637/2009-45 – sessão de 11/04/2017

(9) Indevida Aplicação do art. 116, parágrafo único, do CTN para Desconsideração da Reserva Especial de Ágio

Paradigma nº 1201-001.618 – processo 16327.720680/2013-61 – sessão de 10/04/2017

Paradigma nº 102-49.480 – processo 10680.004023/2005-58 – sessão de 04/02/2009

[...]

Passa-se ao exame das divergências propostas.

[...]

(3) Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta “Empresa Veículo”

[...]

Tem razão o Recorrente quando afirma que o acórdão recorrido e os paradigmas apreciaram situações fáticas semelhantes no relevante (glosa da amortização de ágio, operações entre partes independentes, acusação fiscal de “empresa veículo” interposta em lugar da “real investidora”), à luz do mesmo arcabouço legislativo.

O **acórdão a quo** entende que *“a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada”*, os paradigmas rechaçam tal interpretação. O **paradigma nº 9101-006.049** entende que a tese fiscal *“não se sustenta em face do princípio da legalidade”* pois *“o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que detém o investimento adquirido com ágio (e vice-versa, quando da incorporação reversa), linguagem esta que revela justamente algo que pode ser passageiro (...) se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao titular dos recursos utilizados na aquisição do investimento, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito de forma intencional”* (grifou-se). O **paradigma nº 1201-005.622** afirma que *“a propalada teoria da ‘empresa veículo’ aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de ‘verdadeiro investidor’”* e contrapõe que *“a teoria da ‘empresa veículo’ defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 70 e 80 da Lei no 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida”*, concluindo que *“não vejo problemas jurídicos em se admitir que a Lei 9.532/97 assegura ao contribuinte, como regra geral, a interposição de empresa veículo para estruturação de seus negócios que lhe assegure amortizar o ágio [sic] em decorrência de incorporação reversa para fins de apuração do lucro real”* (grifou-se).

Demonstrado o dissenso jurisprudencial entre Turmas, **deve-se dar seguimento** à matéria (3).

(4) Impossibilidade de Aplicação da Teoria do Propósito Negocial

[...]

De fato o acórdão recorrido e os paradigmas apreciaram casos semelhantes no que respeita à matéria em exame (glosa da amortização de ágio, acusação fiscal de “empresa veículo sem propósito negocial”).

O **acórdão recorrido** imprimiu relevância à “ausência de propósito negocial” da dita empresa veículo (Provence), como “prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte”; o voto condutor destaca que “Isso tudo acima analisado, com base no caso concreto, é que exemplifica uma falta de propósito negocial na operação. Todos estes eventos foram executados sem propósito negocial, ou seja, sem o devido substrato material. Há uma formalidade aos negócios implementados, mas realizados com abuso de direito, porquanto tinham como objetivo unicamente criar uma hipótese tributária para terem a possibilidade de deduzir o ágio decorrente a operação”. De outro lado, os **paradigmas** entendem que “A alegação de ‘inexistência de propósito negocial’ advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico” (acórdão nº **1302-002.045**) e “falta de propósito negocial’, (...) não passa de uma construção jurisprudencial alienígena, sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio” (acórdão nº **1302-001.150**).

Demonstrado o dissídio jurisprudencial entre Turmas, **deve-se dar seguimento** à matéria (4).

(5) Existência de propósito negocial em face de motivos extrafiscais

[...]

Quanto ao **segundo paradigma, acórdão nº 1301-001.505**, confirma-se o dissenso. O caso paradigmático se assemelha ao presente no relevante – lá uma das acusações fiscais era de emprego de empresa veículo sem finalidade negocial além de antecipar o aproveitamento fiscal do ágio. O voto lá vencido expressava o entendimento (semelhante ao do acórdão aqui recorrido) de que a empresa veículo (naquele caso Marigane/Trancoso) tivera como único propósito “viabilizar o aproveitamento antecipado do ágio”, pois na hipótese de aquisição direta o ágio pago “só produziria efeitos fiscais com a alienação ou a baixa do investimento”. Contudo, naquele julgamento prevaleceu outra interpretação – expressa no voto vencedor: de que “A razão econômica da incorporação está exatamente no fato de que, com a incorporação, a atuada passou a ter o direito, sponte sua, de amortizar o ágio pago na privatização, tendo sido esta a conduta abarcada e induzida pelo ordenamento, por intermédio das regras estipuladas no artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (...), sendo bastante comum em direito societário para se alcançar determinado efeito, não prosperando, portanto, o argumento de que a real motivação da incorporação foi a utilização do benefício fiscal previsto na lei. (...) a motivação não há que ser, necessariamente, econômica, podendo ser de qualquer ordem, desde que verdadeira, sendo, portanto, repito, fora de propósito a alegação fiscal de que não se denota nenhuma finalidade econômica na aproximação dos interessados, mormente quando não há no ordenamento pátrio tal figura”.

Demonstrada divergência **frente ao paradigma nº 1301-001.505**, é de se **dar seguimento à matéria (5)**.

(6) Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível

[...]

Nesta matéria é claro o dissídio jurisprudencial. Os julgados confrontados apreciaram a questão do tratamento do ágio no âmbito da CSLL. O trecho do **recorrido** selecionado refere-se ao ágio em questão como “despesa indedutível” e pronuncia que *“dispêndios que violem as regras de dedutibilidade do IRPJ, não podem reduzir o lucro líquido que é, também, a base de cálculo da CSLL, com os ajustes previstos na sua legislação específica (...) a infração de CSLL apurada é reflexa, sendo que neste caso, a procedência do lançamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica impõe a manutenção da exigência fiscal dele decorrente (no caso da CSLL).”*. Os **paradigmas** decidiram, de modo **diametralmente oposto**, que *“inexiste previsão legal para que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não sejam computadas no cálculo base de cálculo da CSLL e tampouco encontra-se determinações próprias para a adição dos valores de ágio percebido em aquisição de participações societárias (...) a amortização contábil do ágio reduz a monta do lucro líquido do período, do qual se extrai a base de cálculo da CSLL, nos termos do art. 2 da Lei nº 7.689/88”*.

Demonstrado o dissídio entre Turmas, **deve-se dar seguimento à matéria (6)**.

(7) Insubsistência da Multa de Ofício Qualificada – Inexistência de Dolo ou Fraude

[...]

Demonstrada a divergência entre Turmas, **deve-se dar seguimento à matéria (7)**.

[...]

Conclusão

Pelas razões expostas, propõe-se que **SEJA DADO SEGUIMENTO PARCIAL** ao recurso especial interposto pelo contribuinte, reconhecendo divergência apenas quanto às matérias:

(3) Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta “Empresa Veículo”;

(4) Impossibilidade de Aplicação da Teoria do Propósito Negocial;

(5) Existência de propósito negocial em face de motivos extrafiscais (apenas com base no paradigma nº 1301-001.505);

(6) Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível; e

(7) Insubsistência da Multa de Ofício Qualificada – Inexistência de Dolo ou Fraude.

[...]

Contra as matérias não admitidas o sujeito passivo apresentou Agravo (fls. 3.963/3.977), tendo sido este rejeitado (fls. 4.029/4.034).

Chamada a se manifestar, a PGFN ofereceu contrarrazões (fls. 4.068/4.091). Ataca *genericamente* o conhecimento recursal e, no mérito, pugna pela manutenção do acórdão recorrido.

Posteriormente, a contribuinte apresentou petição (fls. 4.097/4.102), informando que: (i) *conforme constatado pela KPMG no Termo de Constatação ora apresentado (vide Doc. 01), caso a Cosan houvesse adquirido diretamente a Comgás e a incorporado, ou vice-versa – como fazem crer a Autoridade Fiscal e a C. Turma Julgadora que seria a operação adequada -, o Fisco deixaria de arrecadar no período (AC 2013 e 2014) cerca de R\$ 156 milhões, ou seja, 56,93% a menos do que arrecadou com o aproveitamento fiscal do ágio; e (ii) que esta mesma infração foi afastada pelos Acórdãos **1402-006.971** e **1201-006.872**.*

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Luis Henrique Marotti Toselli**, Relator

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o conhecimento recursal, notadamente a caracterização do necessário dissídio jurisprudencial, previsto no art. 67 do Anexo II do “antigo” Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), bem como no art. 118 do RICARF/2023, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, *in verbis*:

RICARF/2015:

Art. 67 - Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º - Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º - A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(...)

RICARF/2023:

Art. 118 - Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra acórdão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial, Turma Extraordinária ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

§ 1º - O recurso deverá demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º - A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente, com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(...)

Como se nota, compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara ou turma do CARF objetivando, assim, implementar a almejada “segurança jurídica” na aplicação da lei tributária.

O termo “especial” no recurso submetido à CSRF não foi colocado “à toa”, afinal trata-se de uma espécie recursal específica, mais restrita do ponto de vista processual e dirigida a um Tribunal Superior que não deve ser confundido com uma “terceira instância” justamente porque possui função institucional de uniformizar a jurisprudência administrativa.

É exatamente em razão dessa finalidade típica que o principal pressuposto para conhecimento do recurso especial é a demonstração cabal, por parte da recorrente, da efetiva existência de *divergência de interpretação da legislação tributária entre o acórdão recorrido e o(s) paradigma(s)*.

Consolidou-se, nesse contexto, que a comprovação do dissídio jurisprudencial está condicionada à existência de **similitude fática** das questões enfrentadas pelos arestos indicados e a **dissonância nas soluções jurídicas** encontrada pelos acórdãos confrontados.

É imprescindível, assim, sob pena de não conhecimento do recurso especial, que sobre uma base fática equivalente (ou seja, que seja efetivamente comparável), julgadores que

compõem Colegiados distintos do CARF tenham proferido decisões conflitantes sobre uma mesma matéria.

Como, aliás, já restou assentado pelo Pleno da CSRF¹, “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli², “a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”.

Na prática, um bom exercício para se certificar da efetiva existência de *divergência jurisprudencial* consiste em aferir se, diante do confronto entre a decisão recorrida e o(s) paradigma(s), o Julgador consegue criar a convicção de que o racional empregado na decisão tomada como *paradigma* realmente teria o potencial de reformar o acórdão recorrido, caso a matéria fosse submetida àquele outro Colegiado.

Caso, todavia, se entenda que o alegado *paradigma* não seja apto a evidenciar uma solução jurídica distinta da que foi dada pela decisão recorrida, e isso ocorre, por exemplo, na hipótese da comparação das decisões sinalizar que as conclusões jurídicas são diversas em função de circunstâncias fáticas dessemelhantes, e não de posição hermenêutica antagônica propriamente dita, não há que se falar em dissídio a ser dirimido nessa Instância Especial.

Feitas essas considerações, passaremos a analisar cada uma das divergências admitidas previamente.

(3) Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta “Empresa Veículo”

De acordo com o voto condutor da decisão ora recorrida:

[...]

Das operações em litígio

A operação em discussão no presente processo envolve a aquisição por parte do grupo COSAN da participação que o grupo BG detinha na recorrente, valendo-se, no entender da autoridade fiscal autuadora, de uma empresa denominada veículo, no caso, a PROVENCE.

[...]

Do mérito

¹ CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

² EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

Como demonstrado no relatório e nas peças impugnatória e recursal, bem como no v. acórdão recorrido, o tema é recorrente neste Conselho.

No presente caso, conforme a peça acusatória, o TVF, temos uma sociedade, a recorrente, querendo aproveitar, para efeitos fiscais, o ágio pago por meio de empresa veículo.

[...]

A autoridade fiscal autuadora, no seu termo de verificação fiscal, entendeu que a participação da PROVENCE não teve propósito negocial nas operações envolvendo a recorrente.

Fica nítido, pelo relato do caso, que a PROVENCE adentrou nas operações apenas para intermediar o pagamento à vendedora da participação societária, sendo imediatamente incorporada.

A COSAN é que detinha a capacidade econômica-financeira para efetuar a aquisição, o que fica nítido pela emissão e captação de debêntures no valor de R\$ 3,3 bilhões, que foi o valor pago aos vendedores.

Suas alegações de que a aquisição direta ser possível, e produziria os mesmos efeitos em relação ao ágio, e o fez se valendo da PROVENCE por outras razões extra-tributárias, não prospera. Ao se valer da operação como o fez, a recorrente não realiza uma incorporação conforme as regras especiais que possibilitam a dedutibilidade do ágio.

Fica evidenciado no termo de verificação fiscal que a intenção da COSAN era o de adquirir o investimento e mantê-lo separado, sem incorporá-lo ao seu patrimônio, em razão dos riscos que cita justamente para justificar fazer a operação do jeito que o fez.

Não ocorreu a incorporação devida para possibilitar a amortização do ágio, nos termos do art. 386 do RIR/99.

Assim, descabem outras alegações pertinentes ao caso, como o fez a recorrente na sua peça recursal, de que outros cenários seriam possíveis para a aquisição da COMGÁS diretamente pela COSAN, pois a intenção foi evita-los.

Para tanto se valeu, do que é chamado de uma empresa-veículo.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

A amortização operada pela autuada não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio

que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada.

A operação, portanto, não passa sequer na primeira verificação necessária para referendar a amortização do ágio, de modo que, tal fato, por si só, respalda a manutenção da exigência fiscal.

Neste sentido, cabe aqui um excerto sobre o tema, ao qual recorro ao acórdão nº 9101-002.301 (sessão de 06/04/2016), proferido pela 1ª CSRF, da relatoria do i. Conselheiro André Mendes de Moura:

[...]

Ou seja, conclui-se portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar a investida (ou por ela ser incorporada).

[...]

As possíveis estruturas alternativas para o aproveitamento do ágio arrolados pela recorrente na sua peça recursal também seria questionáveis pela autoridade fiscal, se ocorressem. Envolvem operações sem a devida incorporação que possibilite a dedutibilidade do ágio. Trazer estes cenários hipotéticos, que não foram o que aconteceram no caso concreto, e não foram examinados de quando da autuação fiscal é tentar argumentos, também hipotéticos, para desqualificar a autuação fiscal.

Analisando as hipóteses trazidas pela recorrente, vislumbra-se operações não esperadas de uma incorporação para atingimento do art. 386 do RIR/99, pois envolvem operações sem propósito negocial.

Seriam criações artificiais de situações, sem substância, para se tentar atingir artificialmente a hipótese do art. 386 do RIR/99, que estão fora do objeto da autuação porque simplesmente não ocorreram. Não cabe a autuação fiscal autuar e também descartar hipóteses que não ocorreram seria, digamos, um absurdo lógico e impossível materialmente.

O que importa é que a operação efetuada pela recorrente não cumpriu os requisitos necessários.

Parece também pouco plausível que a operação adotada pela recorrente assumiria menos riscos perante o mercado, pois uma empresa veículo, sem capital social integralizado em poucos meses vir a adquirir por bilhões uma empresa como a recorrente parece mais frágil que simplesmente a COSAN, empresa de grande porte e reconhecida no mercado, adquirisse diretamente.

O fato é que a COSAN jamais pretendeu adquirir diretamente a recorrente, e por isso se valeu da operação como o fez. Poderia ter feito como o fez? Sim, contudo, sem aproveitamento do ágio, pois não cumpriu os requisitos necessários do art. 386 do RIR/1999.

O papel dos órgãos reguladores nestes casos é meramente autorizar a proposta feita pelas partes que negociam. Não tem o condão de definir que a operação seja desta ou de outra forma, mas simplesmente, do jeito que foi proposto, cabe autorizar ou não.

Assim, não procede também a alegação que os órgãos reguladores que aprovaram a operação e portanto deveria ser feito assim.

Fica nítido dado o exposto acima que a legislação aplicável exige que ocorra a absorção do investimento como pressuposto da amortização do ágio, mas a adquirente (COSAN) não tinha interesse de fazer assim. Para tanto, se valeram de uma empresa-veículo para tentar criar a confusão patrimonial exigida pela legislação tributária, o que foi rechaçado pela autoridade fiscal autuadora.

Isso tudo acima analisado, com base no caso concreto, é que exemplifica uma falta de propósito negocial na operação. Todos estes eventos foram executados sem propósito negocial, ou seja, sem o devido substrato material. Há uma formalidade aos negócios implementados, mas realizados com abuso de direito, porquanto tinham como objetivo unicamente criar uma hipótese tributária para terem a possibilidade de deduzir o ágio decorrente a operação.

No caso concreto, houve operações que cumprem os requisitos formais da sua licitude, mas materialmente, objetivaram modificar os entes, através do uso de uma empresa veículo sem ligação direta com a operação, ali colocada para servir como intermediária e tentar criar uma confusão patrimonial para cumprir os requisitos do art. 386/RIR/99. Foram formalmente lícitos, mas materialmente nulos.

[...]

Ademais, como alegado pela recorrente, haveria um laudo de avaliação a valor de mercado da COMGÁS, elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda., em que consta a avaliação econômica-financeira da recorrente, de acordo com sua rentabilidade futura. Tal laudo não foi apresentando no transcórrer do procedimento fiscal, e a autoridade fiscal destaca a inexistência do mesmo. Contudo, a recorrente, então impugnante, o apresenta na sua peça impugnatória, e diz que tal laudo não foi avaliado na decisão recorrida.

Contudo, no v. acórdão recorrido houve sim uma análise da questão, conforme transcrito abaixo:

Desnecessário, inclusive, para o deslinde deste caso concreto, verificar se o ágio efetivamente existiu, qual o seu fundamento econômico, se o laudo está correto, entre outras questões. Isso porque o registro do ágio deveria ter sido realizado pela Cosan, e o presente processo trata da glosa da amortização do ágio realizada pela Comgás. Em suma, não existindo ágio a ser amortizado pela Comgás, não há que se falar em condições para sua amortização.

Ou seja, e acompanho exatamente do mesmo raciocínio, não importa se o ágio realmente existiu, qual seu fundamento econômico, se o laudo está correto o que

importa que o ágio foi registrado na recorrente, quando deveria ter sido registrado pela COSAN.

Por conseguinte, NEGO PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto a matéria principal da autuação fiscal.

Como se nota, prevaleceu o entendimento de que as normas de dedutibilidade do ágio não permitiriam o uso das ditas *empresas veículos* para aquisição de investimento com a sua consequente extinção por *incorporação reversa*.

Vale dizer, para o Colegiado *a quo*, o uso de uma empresa holding sem *propósito negocial*, caso da PROVENCE, entidade utilizada tão somente para figurar como compradora no negócio, não teria o condão de descaracterizar a COSAN como *real adquirente*, afinal seria ela, a COSAN, quem *detinha a capacidade econômica-financeira para efetuar a aquisição*.

Pois bem.

O *primeiro paradigma* (Acórdão nº **9101-006.049**) registra em sua ementa que *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)*.

E das razões da maioria do Colegiado, constante da Declaração de Voto da Conselheira Livia De Carli Germano, extrai-se o quanto segue:

[...] a autoridade autuante não chegou sequer a investigar se (muito menos a acusar que) a Trancoso seria uma empresa apenas “no papel” ou a trazer aos autos elementos de fato que pudessem servir de indícios de que esta sociedade, ou sua participação na operação, teria sido de alguma forma artificial. Se contentou em mencionar que (i) nos termos do contrato, a cessão “foi admitida pelos vendedores desde que não houvesse alteração substancial nas partes designadas como “comprador””; e (ii) a Trancoso recebeu o aporte de capital apenas após a aquisição ter sido aprovada pelo Bacen. Sem trazer qualquer imputação específica.

A autoridade autuante não acusou simulação na existência ou na participação da Trancoso na operação. Isso porque a acusação fiscal nos presentes autos foi baseada em uma premissa teórica, qual seja: a de que a inserção de “empresa veículo” na estrutura de aquisição de investimento não daria ensejo à possibilidade de registro de ágio (e de consequente amortização, a partir da incorporação desta veículo), eis que, em casos tais (de participação de empresa-veículo), o ágio “subsiste no patrimônio do investidor original”, assim considerado aquele que firmou o contrato originalmente e de onde se originaram os recursos para o pagamento -- no caso, o Banco Société Générale. Sendo essa a premissa teórica, dela discordo, no seu mérito. Isso porque, entendo, o ágio deve ser

registrado pela sociedade que adquire o investimento e, a princípio, deve ser considerado como adquirente a pessoa que os instrumentos societários e negociais dizem como tal – é dizer, a princípio, é adquirente da participação societária a pessoa mencionada como adquirente no “closing”, isto é, aquele que efetua o pagamento ao vendedor e recebe em troca a participação societária, passando a deter a condição de sócio/acionista.

Dessa forma, para que a autoridade fiscal possa alegar que a pessoa que diretamente pagou pela participação societária e que recebeu em contraprestação as ações não é a “real adquirente” para fins de registro do ágio, das duas uma: ou precisaria existir uma norma nesse sentido (isto é, uma norma dizendo que o “real adquirente”, para fins de registro de ágio, não é quem recebe as ações em troca do pagamento, mas, por exemplo, aquele que origina os recursos financeiros utilizados na compra), ou a autoridade autuante precisaria alegar, e provar, que o negócio que as partes disseram ter realizado não foi aquele (isto é, alegar e provar que, embora nos documentos se diga que foi a Trancoso quem recebeu e pagou pela participação societária, na verdade isso foi “fingido” e a realidade dos fatos revelara que foi outro o negócio, por exemplo, a aquisição pelo Societé Generale). E, no caso dos autos, nenhuma dessas condições restou demonstrada pela autoridade autuante.

Em resumo, portanto – **e especificamente aqui residem as conclusões do presente voto que, na sessão de julgamento, acabaram alcançando a maioria para fins de definição do fundamento vencedor do acórdão** (conforme artigo 63, § 8º do Anexo II ao Regimento Interno do CARF) –, a acusação fiscal, no caso dos autos, foi de que a participação da Trancoso na operação não seria capaz de dar ensejo ao registro de ágio pela própria Trancoso, simplesmente porque esta sociedade seria uma dita “empresa-veículo” e, no entender da autoridade autuante, em aquisições feitas por “empresas-veículo” o ágio deveria ser registrado pela “real adquirente”. A autoridade autuante não formulou a acusação fiscal sob o fundamento de que a participação da Trancoso teria sido artificial / simulada / não verdadeira, de maneira que se verifica desnecessário, para o julgamento da presente lide, analisar a prática de simulação e argumentos do gênero.

Diante de tal acusação fiscal, a conclusão a que se chega é de que não subsiste o presente auto de infração, na medida em que o simples fato de se interpor “sociedades-veículo” na operação, divorciada de uma acusação de fraude ou de prática de atos não verdadeiros, não é suficiente para dar ensejo à requalificação dos atos para fins tributários. [...]

Nota-se, assim, que o *primeiro paradigma* (Acórdão nº **9101-006.049**) afastou autuação de glosa de ágio em operação que se valeu de uma *empresa veículo* por deficiência acusatória, mais precisamente pelo fato da autoridade autuante não ter motivado a ocorrência de atos *artificiais, simulados* ou *não verdadeiros*.

Ocorre que nesse caso, diferentemente da situação ora comparada, houve qualificação da multa, tendo o TVF acusado a simulação na estrutura adotada. Confira-se:

[...]

126. A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial ou societário na interposição realizada, à luz do art. 966 do Código Civil, ficando caracterizada a utilização da Provence como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à adquirida – Comgás, apenas com o fim almejado de redução do valor tributável do IR e da CSLL pela amortização do ágio.

127. A Provence em seu curto período ativo, não incorreu em custos, despesas ou receitas, apresentando apenas a movimentação decorrente do pretenso investimento na Comgás, e seu ágio. Ou seja, a sociedade formalizada produziu apenas documentos (atas, estatutos, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos da Cosan. A situação do planejamento tributário em questão nesta ação fiscal, a aparência de legalidade e a publicidade dessa aparente legalidade é um aspecto imprescindível de toda a operação.

128. Como buscar guarida e enquadramento na legislação que lhe permitiria obter a redução da despesa fiscal? Com certeza não seria apenas excluindo um valor qualquer que lhe aprovesse na apuração das bases de cálculo dos tributos, sem qualquer justificativa. É imprescindível mascarar a origem dessa exclusão com a aparência da legalidade e da normalidade. Essa é a única chance de que se obtenha êxito no seu propósito: a redução dos tributos devidos.

129. Assim, através de um processo de reorganização societária, com etapas artificiais, apesar de formalmente legais quando vistas isoladamente, procurou-se esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que essa redução era ilegal. Admitir essa situação como válida seria admitir que a lei permite a sua própria burla.

130. O dolo tributário não é caracterizado pelos meios utilizados para obter-se o resultado pretendido. Fraude fiscal é a violação à norma fiscal pelo contribuinte com a finalidade de escapar do pagamento do imposto devido.

131. O fato de não terem sido utilizados documentos materialmente falsos não implica necessariamente na inexistência da intenção de escapar ao pagamento do imposto. A análise da sequência das operações, e seus resultados antes e depois de sua ocorrência revelam a existência de um plano, de um artifício criado para reduzir a carga tributária.

132. Juridicamente, pode-se definir simulação como a aparência de um negócio jurídico contrário à realidade, destinado a provocar uma ilusão a terceiros, seja por não existir negócio de fato, seja por existir um negócio diferente daquele que se aparenta.

133. Conforme anteriormente demonstrado, a conduta ilícita consistiu na criação artificial da situação prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Em outras

palavras, da simulação da hipótese legal a fim de ser obtida vantagem fiscal. Houve a interposição de uma aparente controladora da empresa operacional, seguido de uma aparente operação de incorporação. Operações aparentes, porque sem substância econômica, por serem pura forma, sem materialidade.

134. Ressalte-se que a contribuinte não escondeu os atos do Fisco. Se isto tivesse ocorrido estaríamos falando de sonegação pura e simples, e não da fraude prevista no art. 72.

135. A situação em análise nesta fiscalização não pode ser vista como mera divergência na interpretação da legislação aplicável. A elaboração de uma sequência de operações desprovida de razões extratributárias não pode ser equiparada ao erro ou dúvida na interpretação de dispositivos legais.

136. Paradoxalmente, os dispositivos legais criados com o objetivo de restringir as operações de incorporação, fusão e cisão, “às hipóteses de casos reais”, está sendo aplicado para obter vantagens tributárias a partir da criação de novas hipóteses de casos artificiais, elaboradas em outro contexto.

137. Por todo o exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, uma vez que as operações efetuadas revelam a intenção de reduzir o tributo de maneira artificial, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

Essas diferenças na acusação fiscal a meu ver foram determinantes para os distintos desfechos dos julgados ora cotejados, constituindo circunstâncias fáticas que os colocam sob perspectivas jurídicas distintas, de modo a afastar o *primeiro paradigma* como precedente apto a caracterizar o necessário dissídio.

Do *segundo paradigma* (Acórdão nº **1201-005.622**), porém, transcrevo as seguintes passagens do relatório, do voto vencido e do voto vencedor, respectivamente:

Relatório

[...]

3. Segundo a autoridade fiscal, não é dedutível a amortização do ágio previsto na Lei nº 9.532/1997 no caso em que a “confusão patrimonial exigida por lei foi observada apenas de maneira formal, por meio da interposição de uma empresa veículo, a qual foi incluída no processo de aquisição do investimento com prazo certo de vigência, ou seja, programada para ser extinta”, conforme Termo de Verificação Fiscal (TVF) (e-fls. 829-864).

4. Aduz que a recorrente simulou de forma absoluta a materialização dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 por meio da aquisição da Laticínios Morrinhos (LBR) pela Caravelas. Aponta que, embora conste dos contratos, “*CARAVELAS jamais foi operacional e a real compradora. O verdadeiro objeto da negociação era que o ágio fosse criado na CARAVELAS e depois, com sua incorporação às avessas pela LBR, fossem criadas as condições legais para sua amortização*”.

5. Por entender haver dolo (intenção de praticar os atos, a fim de evitar a tributação) nas operações engendradas pela recorrente, com vistas a reduzir o montante do IRPJ e da CSLL devidos (o que caracteriza a fraude), aplicou multa qualificada de 150%.

[...]

Voto Vencido

[...]

57. Com base nos fatos elencados acima a autoridade fiscal concluiu, em síntese, pela artificialidade das operações o que impede a dedução da despesa com ágio. Veja-se (e-fls. 852 e seg.):

[...]

58. Como se vê, entendeu a fiscalização haver simulação na participação da Caravelas na aquisição da Laticínios Morrinhos (LBR), em razão de Caravelas jamais ser operacional e a real compradora. Ressaltou ainda a inexistência de confusão patrimonial entre os patrimônios da empresa adquirida com ágio e da adquirente.

[...]

108. O comportamento concludente da recorrente deve ser analisado à luz dos fatos e minúcias que envolveram o negócio jurídico e as operações efetivamente realizadas e não as hipóteses suscitadas. Afinal, cada detalhe, cada ato específico pode levar a um enquadramento legal diferente. Nos caso destes autos a análise se ateve às operações realizadas. Assim, configurado que a real adquirente da LBR foi Monticiano e não Caravelas, os atos subsequentes, como a incorporação da Caravelas por Morrinhos (LBR) restam prejudicados, porquanto nessa situação já não há falar-se em amortização do ágio em razão do descumprimento dos requisitos legais. Aliás, como já dito acima, não consta qualquer prova da existência de gestores na Caravelas, porquanto não comprovada sua real operação.

[...]

Voto Vencedor

[...]

139. Sobre essa questão, a matéria já foi apreciada por esta Turma de Julgamento, em formação diversa, no acórdão 1201-001.267, razão pela qual, tratando de assunto idêntico e bem condensar o que fora debatido atualmente pelo atual Colegiado na sessão de julgamento, adoto a fundamentação do acórdão e a adoto como razões de decidir na presente análise, ao final complementada por esta Relatoria:

[...]

No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

[...]

146. Anote-se que a opção legislativa para a utilização desse modelo de negócios continua vigente no ordenamento brasileiro, inexistindo razões para demonizar sua utilização. É dizer: a opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

147. Esse é ponto de divergência com o voto conduzido pelo ilustre Relator, o qual concluiu que *“ao analisar globalmente os negócios realizados - o antes e o depois - com base no conceito amplo de simulação, tem-se no caso em análise simulação-elusão, , ou seja, um arranjo tributário cuja finalidade prática foi criar uma estrutura concatenada que permitisse a aquisição da LBR por Monticiano e a dedução do ágio; afinal, se a operação ocorresse de forma direta e mantida a mesma estrutura, não seria possível a dedução do ágio. Assim, Monticiano transferiu numerários para Caravelas - constituída exclusivamente para este fim - a qual adquiriu LBR (Morrinhos) e em seguida foi incorporada por sua controlada (LBR) que passou a amortizar o ágio de si mesma. Jamais seria possível enxergar tal simulação sob uma concepção restritiva de simulação, **pois o contribuinte atendeu todas as solicitações do Fisco, observou a legislação societária, registrou-se nos órgãos competentes, enfim, cumpriu todos os requisitos formais e de transparência, daí tratar-se de simulação elusão e não simulação evasão.** Somente, sob o conceito amplo de simulação é possível verificar que o contribuinte utilizou-se de meios artificiosos para, sob uma vestimenta jurídica de aparente legalidade e licitude, colocar-se dentro dos pressupostos de fato que lhe permitiriam deduzir o ágio”* (grifou-se).

148. Entendo – divergindo do voto vencido – que as conclusões que levam à vedação da amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação consubstanciaria revogação tácita da Lei 9.532/97, que continua vigente e deve ser aplicada. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado.

149. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si,

não havendo nos autos elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado lácteo brasileiro mediante investimentos em terceiros.

150. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto “Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias”³

151. Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira⁴, acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

³ DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. _____. In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

⁴ NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4ª Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".

152. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito. 153. Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

[...]

Verifica-se, assim, que em situações de fato comparáveis, quais sejam, autuações de glosas de despesas com ágio, fundadas na *artificialidade* ou *simulação* em face do uso de *empresa veículo*, cuja única operação antes de sua extinção por incorporação às avessas foi a aquisição de participação societária que gerou ágio com recursos aportados pelas controladas, o recorrido e o *segundo paradigma* de fato tiveram desfechos conflitantes. Ao passo que o acórdão recorrido, com fundamento nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, interpretou que o uso de *empresa veículo* prejudica a amortização fiscal do ágio, o segundo paradigma (Acórdão nº **1201-005.622**) validou a sua utilização.

Daí a divergência da matéria **(3) Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta "Empresa Veículo"**, matéria esta que a meu ver já contempla o direito que se busca rediscutir nos itens **(4) Impossibilidade de Aplicação da Teoria do Propósito Negocial** e **(5) Existência de propósito negocial em face de motivos extrafiscais** (admitido apenas com base no *paradigma* nº 1301-001.505), razão pela qual deixo de analisá-los como *matérias autônomas*, conhecendo do recurso especial nesses três pontos com base no referido *paradigma* (Acórdão nº **1201-005.622**).

(6) Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível

No tocante à matéria *(6) Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível*, o acórdão recorrido decidiu que *a infração de CSLL apurada é reflexa, sendo que neste caso, a procedência do lançamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica impõe a manutenção da exigência fiscal dele decorrente (no caso da CSLL)."*

O *primeiro paradigma* (Acórdão nº **9101-005.773**), por sua vez, não tratou da dedução da CSLL como reflexo da glosa do IRPJ, cuja glosa foi motivada pela extinção do investimento por incorporação reversa, tendo a discussão de lá se restringindo aos efeitos da amortização de ágio antes do evento de cisão, ou seja, enquanto o investimento restou mantido no patrimônio da investidora, circunstância fática esta dessemelhante e que por isso impede a caracterização do alegado dissídio.

Por outro lado, o *segundo paradigma* (Acórdão nº **9101-005.894**), ao analisar autuação que também continha glosa de ágio fundado na impossibilidade de uso de empresa-veículo, de fato se manifestou em sentido contrário, afastando a CSLL sob a seguinte motivação: *“inexiste previsão legal para que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não sejam computadas no cálculo base de cálculo da CSLL e tampouco encontra-se determinações próprias para a adição dos valores de ágio percebido em aquisição de participações societárias (...) a amortização contábil do ágio reduz a monta do lucro líquido do período, do qual se extrai a base de cálculo da CSLL, nos termos do art. 2 da Lei nº 7.689/88”*.

Caracterizada, portando, a divergência apenas com base no *segundo paradigma*.

(7) Insubstância da Multa de Ofício Qualificada – Inexistência de Dolo ou Fraude

Concordo com juízo prévio de admissibilidade, que assim admitiu a matéria em questão (fls. 3.947):

Os julgados confrontados apreciaram casos semelhantes no relevante – acusação fiscal de emprego de empresa veículo sem propósito comercial, em lugar da “real investidora”, com o intuito de viabilizar a dedução da amortização de ágio. O **acórdão recorrido** mantém a multa qualificada, entendendo que a situação *“envolve adulteração do registro dos fatos para lograr puro proveito tributário (...) criar, artificialmente, despesas com ágio para diminuir a apuração do seu lucro real (...) a operação ocorreu com etapas artificiais, apesar de formalmente legais quando vistas isoladamente, procurando esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que essa redução era ilegal (...) típico caso de fraude (...) válida a multa qualificada”*. Os **paradigmas nos 9101-005.876 e 9101-005.872** afastam a qualificadora por entender que *“O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimentos, mesmo que com a finalidade específica de viabilizar e promover a compra de participações societárias, rotuladas de empresas-veículo, não basta para caracterizar fraude ou o seu intuito, tampouco qualquer outro ilícito. A figura de origem estrangeira da ausência de propósito comercial, dentro da narrativa de que o contribuinte praticou determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, não configura hipótese legal de fraude”*.

Conclusão

Pelo exposto, o recurso especial da contribuinte deve ser conhecido em relação às matérias (3) *Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta “Empresa Veículo”* (que engloba as matérias (4) e (5)), (6) *Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível*; e (7) *Insubsistência da Multa de Ofício Qualificada – Inexistência de Dolo ou Fraude*.

Mérito

(3) Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta “Empresa Veículo”

Podemos dizer que a “novela ágio” começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

Segundo o artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição⁵.

É importante notar que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, prescrevendo apenas quem está sujeito ao MEP.

Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77⁶, que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (*patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação*), e

⁵ Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

⁶ Artigo 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 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 número I.

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

(b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Como se percebe, foi o próprio Direito Tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do método de equivalência patrimonial (o MEP), veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença (positiva ou negativa) apurada em razão do MEP.

Ainda previu o § 2º do artigo 20 - também de maneira inovadora, afinal a lei societária não fazia nenhuma referência às suas possíveis origem -, que o lançamento do ágio ou deságio deveria indicar seu fundamento econômico, dentre os seguintes:

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a apuração do ágio ou deságio, não prescrevia o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, conseqüentemente, do *sobrepreço*) em função do seu fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme evidencia as disposições dos artigos 25, 31, 33⁷ e 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *in verbis*:

Artigo 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Artigo 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

Artigo 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;

⁷ Esse artigo foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014.

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.

(...)

Artigo 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)*

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)*

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)*

§ 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)*

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)*

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)*

§ 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)* (grifamos)

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por fusão, incorporação ou cisão, sujeitando-se o contribuinte à apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações. Isso porque assim prescrevia o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*), o

resultado do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido **avaliado a mercado** que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como *perda de capital*, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como *ganho de capital*.

Com efeito, sendo uma parcela integrante do custo de aquisição do investimento, resta até lógico, dentro do contexto da tributação da *renda líquida*, que o ágio seja dedutível quando da liquidação ou baixa deste ativo, sob pena de tributar o próprio patrimônio, e não o lucro.

Ao contrário, então, do que alguns autores afirmam, o direito à dedução do ágio não constitui um *benefício fiscal* em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, já poderia ser deduzido como perda (decrécimo patrimonial) quando da extinção do investimento.

Como bem observou João Francisco Bianco⁸:

Sendo o ágio uma parcela do custo de aquisição do investimento, o art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 está absolutamente correto ao estabelecer que a contrapartida da redução do valor do ágio não será computada na determinação do lucro real, enquanto não houver a baixa ou liquidação do investimento.

O comando previsto no art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 não decorre do fato de que o resultado de equivalência patrimonial é neutro para fins fiscais, mas, sim, da constatação de que o custo de aquisição do investimento permanece registrado no ativo da pessoa jurídica enquanto não houver nenhum evento de realização que justifique o seu trânsito em resultado. Trata-se, portanto, da mesma regra aplicável a qualquer outro bem de capital adquirido pela pessoa jurídica, que não esteja sujeito à depreciação, amortização ou exaustão, como ocorre, por exemplo, com um terreno.

Em outras palavras, o ágio é neutro antes do evento de incorporação, fusão ou cisão, porque o investimento ainda não foi realizado, assim como o resultado de equivalência patrimonial é neutro porque os lucros ou dividendos da sociedade investida ainda não foram distribuídos, refletindo mero ajuste contábil de caráter provisório e aproximado, que tem o objetivo de ajustar o valor do investimento para refletir a situação econômica atual da sociedade investida.

Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da *incorporação reversa* de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou*

⁸ Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: Controvérsias Jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. P. 203.

quotas de capital de uma possuída por outra, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), repita-se que a lei originária não o considerada relevante na definição do seu tratamento fiscal. O que a lei determinava, conforme visto acima, era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o **valor contábil** das ações ou quotas e o **valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado**.

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a “baixa do ágio” por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997⁹, a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º a seguir transcritos.

Artigo 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 1977¹⁰: *(grifamos)*

⁹ Da exposição de motivos da Medida Provisória (publicada no Diário do Congresso Nacional de 02.12.1997 (páginas 18.021/18.023) extrai-se que:

Tenho a honra de submeter a apreciação de Vossa Excelência o incluso Projeto de Medida Provisória, que altera a legislação tributária e dá outras providências.

2. O Projeto se insere no contexto de modernização e aperfeiçoamento da legislação tributária do País, que vem sendo perseguido ao longo do Governo de Vossa Excelência, com a finalidade de torna-la mais compatível com a realidade econômica atual.

3. O Projeto, ao mesmo tempo que estabelece formas para prevenir a evasão de receita tributária e reduzir a renúncia fiscal decorrente de todos os incentivos fiscais atualmente em vigor, cria mecanismos que estimulam a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior.

(...)

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 de equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos ‘planejamentos tributários’, vêm 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.”

¹⁰ Artigo 20 - (...)

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

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.

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;

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.

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

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Artigo 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.

Percebe-se, assim, que houve por bem o Legislador:

(i) alterar a redação (caput do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa que possuía na outra ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio.

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado¹¹), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

(iii) estender a dedução fiscal do ágio também aos investimentos não sujeitos ao MEP; e

(iv) autorizar expressamente a aplicação deste regime tributário não só na incorporação direta, mas também na incorporação reversa.

O artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, portanto, reconheceu o direito da empresa que detém investimento adquirido com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, após fusão, cisão ou incorporação com a empresa investida, deduzir como perda de capital à baixa do ágio por extinção do investimento.

Na prática, sob a vigência das regras legais veiculadas pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, nem é preciso dizer que a dedução fiscal da *perda de capital*, que passou a poder ser calculada a valor contábil, seja pelas pessoas jurídicas que detinham o investimento adquirido com ágio demonstrado pela rentabilidade futura da investida, seja pela investida quando da incorporação reversa expressamente autorizada pela lei, deu tremendo *fôlego* ao mercado de

¹¹ No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

aquisições de empresas estatais com a consequente operações de fusões, cisões e incorporações de sociedades.

Obviamente que o aproveitamento de 34% do ágio (IRPJ – 25% + CSLL – 9%), que notoriamente influenciava o próprio preço do negócio, constituiu um meio eficaz para atrair propostas mais rentáveis, inclusive por investidores estrangeiros, atendendo o propósito da própria lei tributária em questão.

Como pontua Valter Lobato¹²:

É preciso destacar que a autorização legal de amortização fiscal do ágio surgiu no contexto do Plano Nacional de Desestatização (PND), levado a efeito pelo Governo Federal à época. Tinha-se o objetivo claro de atrair investimentos, primordialmente externos, que deveriam recair sobre empresas estatais brasileiras, como foi o caso das empresas de telefonia. Contudo, é preciso apontar que a lei não ficou restrita a investimentos em estatais, ou seja, àqueles que seriam realizados no âmbito do PND, mas sim toda e qualquer aquisição, nos termos da referida lei.

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, a figura do "ágio" fundamentado na rentabilidade futura foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações com variadas estruturas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de autuações fiscais.

De fato, a crescente utilização da dedução de ágio chamou a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro “caça às bruxas” às deduções de ágios, passando a autuar os contribuintes muitas vezes no modo “piloto automático”, mas sem perceber que, em grande parte dos casos, acabaram confundindo operações feitas ao abrigo da lei com operações simuladas ou fraudulentas, estas sim repudiáveis.

Muitas vezes, aliás, a negação ao direito de amortizar o ágio nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n. Lei 9.532/97, parte de argumentos exclusivamente contábeis, não raramente até com menção específica a dispositivos previstos em normativos de órgãos regulatórios ou contábeis, como CVM e o CPC, mas que, a todo rigor, não devem prevalecer quando conflitantes com a legislação fiscal.

É certo que, dentro do contexto da convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas e princípios contábeis internacionais, o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*), que passou inclusive a ser *residual*, não mais está sujeito à amortização contábil, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (*impairment*) pelo menos uma

¹² O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

vez ao ano, na linha do que determina o Pronunciamento Contábil nº 1 do CPC (“Redução ao Valor Recuperável de Ativos”).

Ocorre que esse regramento contábil acabou sendo regulamentado pela legislação tributária apenas com o advento da MP 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014, lei esta que alterou a regra fiscal prevista no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 em alguns pontos, mas que, por ser posterior aos fatos geradores ora analisados, não será objeto de nossa análise.

Feitas essas considerações, e retomando ao caso concreto, verifica-se que, de acordo com a fiscalização, a glosa do ágio ora tratado foi levada a cabo por dois fundamentos centrais: **(i)** em razão da ocorrência de *simulação* em face da utilização de uma *empresa-veículo* (Provence); e **(ii)** pela ausência de *confusão patrimonial* entre o *real adquirente* (Cosan) e a empresa investida (a Recorrente), “confusão patrimonial” esta aferida com base na análise do fluxo financeiro dos recursos empregados na aquisição do investimento em tela e tida como pressuposto legal para a amortização fiscal do ágio.

Com efeito, acerca da *desqualificação* da dita *empresa veículo*, venho me posicionando no sentido de que a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados em conformidades com as formas permitidas pelo Direito, mas com a finalidade de gerar economia fiscal, deve sempre ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei, notadamente em torno da interpretação de uma *norma antielisiva*, quando existente, ou da ocorrência ou não de *simulação na interposição de pessoas* ou na *celebração de negócios jurídicos*, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas.

Os limites daquilo que se denomina de “planejamento tributário” – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria **tentativa legítima** de buscar economia de tributos - estão restritos, além dos casos que envolverem descumprimento direto a uma lei ou prática de condutas ilícitas ou fraudulentas, às hipóteses de *simulação*.

Tanto é assim que o artigo 149, VII¹³, combinado com o art. 142¹⁴, ambos do CTN e abaixo transcritos, permitem a revisão do lançamento em casos que envolvem simulação, permitindo ao fisco *requalificar juridicamente os fatos*. Confira-se:

Além, então, da *divergência interpretativa* e *fraude*, o Fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para se opor aos *efeitos* de atos

¹³ **Art. 149.** O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou **simulação**;

¹⁴ **Art. 142.** Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

ou negócios jurídicos simulados, afinal é a *substância* que deve prevalecer sobre a *forma*, e não o inverso.

A redação atual do referido **artigo 116 do CTN**¹⁵, aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver **(i)** reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como circunstância ensejadora da requalificação jurídica dos fatos; e **(ii)** permitiu que lei ordinária, por meio de *normas antielisivas* propriamente ditas, crie limites ou novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos.

Isso ficou claro na seguinte passagem do voto condutor da Ministra Cármen Lucia, quando do julgamento da **ADI 2.446** que, ao declarar a constitucionalidade do parágrafo único em questão, assim pontuou:

... a desconsideração autorizada pelo dispositivo está limitada aos atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação desse fato gerador.

O parágrafo único do art. 116 do Código não autoriza, ao contrário do que argumenta a autora, “a tributação com base na intenção do que poderia estar sendo supostamente encoberto por um forma jurídica, totalmente legal, mas que estaria ensejando pagamento de imposto menor, tributando mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador” (fl. 3, e-doc. 2, grifos nossos).

Autoridade fiscal estará autorizada apenas a aplicar base de cálculo e alíquota a uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado.

Tem-se, pois, que a norma impugnada visa conferir máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária mas também ao princípio da lealdade tributária.

Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.

(...)

¹⁵ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

8. A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado “Interpretação e Integração da Legislação Tributária”.

Tem-se no artigo 110:

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.

9. De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida. Grifamos.

(...)

Não se pode perder de vista, ainda, que o Governo buscou “incorporar” a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002¹⁶, mas este dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

Isso significa dizer que, inexistindo regra legal específica que limite um determinado planejamento tributário, e descartadas aqui as situações de fraude, onde o dolo de sonegar é integrante de seu conceito, apenas na hipótese de a operação envolver atos ou negócios simulados é que estaremos diante de caso de estrutura inoponível ao fisco, que tem o poder-dever de “recapitular” os fatos em prol da verdade material e atingimento da efetiva capacidade contributiva.

¹⁶ Art. 14 - São passíveis de descon sideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º- Para a descon sideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º- Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Em outras palavras, afastada a ocorrência de simulação (além de *contrariedade à lei ou fraude*), estaremos diante de hipótese de planejamento fiscal legítimo e cujos efeitos devem ser assegurados ante os princípios da livre iniciativa e legalidade.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto¹⁷, *provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.*

Nesse contexto, e considerando que não existe nenhuma lei *antielisiva, inclusive após a Lei nº 12.973/2014, que proíba o uso de empresas holding tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas, de modo a “antecipar” os seus efeitos fiscais*, a questão ora em controvérsia passa a girar em torno da existência ou não de *simulação* por ocasião do uso da Provença para adquirir o investimento e, em seguida, ser incorporada pela investida, passando esta a deduzir fiscalmente o ágio pago na operação entre partes não relacionadas.

Ocorre que, como evidenciou Sérgio André Rocha¹⁸:

..., cada um tem uma simulação “para chamar de sua”, que só fica clara diante de casos concretos. O que um autor chama de simulação, para outro é abuso de formas jurídicas, ou fraude à lei. Somente a situação concreta é capaz de revelar se os autores concordam ou divergem e em que concordam ou divergem.

Não é à toa, por exemplo, que Marco Aurélio Greco¹⁹ chegou a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

A simulação pode comparar-se a um fantasma, a dissimulação a uma máscara. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara²⁰, civilista italiano que muito influenciou e ainda influencia a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência, ou seja, de algo diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

Além deste *viés subjetivo*, que prevalece no âmbito das relações jurídicas privadas ante a necessidade de comprovar a intenção do agente em *enganar* a contraparte, a simulação também pode ser vista sob uma perspectiva *objetiva* ou *causalista*, notadamente no *campo das zonas cinzentas dos planejamentos tributários*.

¹⁷ Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

¹⁸ Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

¹⁹ Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

²⁰ A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

Francesco Carnelutti²¹ foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à *inadequação da causa* do ato praticado com os seus respectivos *efeitos jurídicos*, levando em conta que todo ato ou negócio jurídico tem uma *causa jurídica* (ou *função típica*), que correspondente aos efeitos jurídicos que o Direito espera do negócio celebrado.

A *causa*, portanto, equivale às *conseqüências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial.

Segundo Emílio Betti²², também expoente da tese objetivista, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Verificado, assim, um desvio da função instrumental do contrato, caracterizada a simulação, objetivamente considerada.

Orlando Gomes²³ esclarece ainda que *não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato*.

E para Heleno Tavares Torres²⁴:

Causa é a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução, sob a forma de contrato, para adquirir relevância jurídica. Por isso, a causa é elemento essencial do negócio, como fim de realizar uma operação apreciável economicamente, devendo ser sempre lícita e passível de tutela pelo direito positivo. E para cada contrato ou ato jurídico, somente uma causa. No contrato de venda e compra, a causa é o intuito de entregar um bem recebendo um preço correspondente. Caso seja um bem por outro, a causa já individualiza um outro contrato, o de permuta; e se não há intuito de obter o pagamento de preço, mas apenas atribui um bem a outrem, aumentando o patrimônio deste, a causa já impõe outra qualificação, o de um contrato de doação.

A propósito, o ex. Ministro Moreira Alves preleciona que a *causa* diz respeito à "função prática" do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o motivo que leva à formação dos negócios jurídicos. Em suas palavras²⁵:

Para uma compreensão mais clara dos problemas que se apresentam, é preciso, preliminarmente, fazer uma distinção fundamental para o entendimento desses meios jurídicos quem diretamente visam à obtenção de um fim, mas que indiretamente permitem que as partes que deles se utilizam alcancem um fim

²¹ Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

²² Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

²³ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

²⁴ Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

²⁵ ALVES, José Carlos Moreira. "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer a distinção, que é fundamental, entre a causa do negócio jurídico e o motivo dele. A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa, nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela coisa objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico...

Há, ainda, manifestações doutrinárias que pretendem dar autonomia (tipicidade) ao próprio negócio simulado. É o caso da interessante obra de Luiz Carlos de Andrade Júnior²⁶, que, após criticar a ideia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, busca demonstrar, no negócio simulado, uma manifestação de autonomia privada típica pela qual as partes conjugam esforços para, através do engano, perseguirem um determinado resultado, e que é nula porque a lei assim estipula²⁷.

Pois bem. Do ponto de vista do direito positivo, o Código Civil de 2002 inseriu a *simulação* no capítulo “*Da Invalidade do Negócio Jurídico*”, passando esta a ser causa de nulidade nos termos do artigo 167, *in verbis*:

Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

Ao comentar esse dispositivo, Tercio Sampaio Ferraz Jr assim se manifestou²⁸:

²⁶ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

²⁷ Ao definir o conceito de simulação, leciona o referido autor que a “simulação é um programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico”.

²⁸ Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

[...] a estrutura da mentira tem, no CC/2002 uma configuração diferente. [...] O novo Código altera o enquadramento da simulação. Não se trata, necessariamente, de um defeito (da vontade, maliciosa ou inocente), mas da presença de um requisito de validade aparentemente consistente com as regras de validade, mas, na verdade, inconsistente. [...]

Como, então, as partes muitas vezes simulam (o negócio, portanto, é nulo), mas um fato (econômico), de algum modo acontece, o novo Código Civil (art. 167, par. 2º) ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. Por exemplo, o Fisco. [...]

Na comprovação da simulação, não caberia ao Fisco examinar a “real” intenção, mas visar ao uso inconsistente do meio (negócio típico) para atingir os resultados típicos, e, assim, mediante esses resultados, alcançar outros fins.

[...] é indispensável examinar a ocorrência de “ações simuladoras”, isto é, ações que apenas simulam uma determinada consequência de fato. Ou seja, que as partes, ao eleger um negócio jurídico típico frustram suas consequências e, com isso, mostram que verdadeiramente não queriam o negócio que escolheram, mas outro. Com isso, o negócio jurídico e a sua execução econômica se mostram apartados. *Grifamos*

Com efeito, tal como positivado e integrado com os demais dispositivos legais²⁹, notadamente aqueles que impõem o dever do Estado de verificar a efetiva ocorrência do fato gerador e identificar a correta matéria tributável, realmente o instituto da simulação no Brasil, enquanto limite aos planejamentos fiscais não permitidos ou não proibidos taxativamente pela lei, incorporou as duas referidas teorias (*voluntarista e causalista*), permitindo que o fisco negue eficácia aos atos e negócios jurídicos simulados, devendo, quando presente a figura da simulação, requalificar juridicamente os fatos declarados desde que cumpra o ônus de demonstrar, ainda que sob um outro rótulo ou motivação, a existência de uma *mentira consciente*, de uma *desconformidade do ato/negócio formalizado com sua respectiva finalidade ou causa jurídica* ou de uma *aparência por aquele que declarou praticá-lo.*

Para esse caso concreto, no qual negou-se os efeitos da utilização de uma *empresa veículo* enquanto *real adquirente*, não se pode perder de vista que o art. 167, §1º, I, acima transcrito, ao tratar da *simulação subjetiva*, prescreveu que haverá simulação nos negócios

²⁹ Nesse sentido são as expressões “fim econômico ou social”, constante do artigo 187, “função social do contrato”, reportada no artigo 421 e, ainda, no signo “substância” que se valeu o artigo 173, todos do Código Civil:

“**Art. 173.** O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”.

(...)

“**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”.

(...)

“**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

jurídicos que *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*, repudiando, assim, a *interposição fictícia*.

Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, tornando-se titular dos direitos e obrigações derivados do negócio que intervém, ainda que em interesse de *outrem*, na *interposição fictícia* ou **simulada**, o interposto figura na *aparência*, como uma espécie de “laranja” ou “empresta-nome”, limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado.

Não é o que ocorre nesse caso, tendo em vista que a Provence operou como *holding*, ou seja, uma sociedade que tem por objeto social justamente a participação em outras empresas, **em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76**, que assim dispõe:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.** *Grifamos*

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa³⁰ esclarece que “*tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial*”.

A ideia, então, de que toda sociedade deveria necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma *holding*, afinal sua *causa jurídica* ou *finalidade social* consistem justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de “tempo de vida”, estrutura física e de pessoal para de fato operarem, a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios. O Direito assim tutela.

Alinhado ao que leciona Charles William McNaughton³¹:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

³⁰ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.

³¹ IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

(...)

A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

Quanto à duração de uma sociedade, convém notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, ainda estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, **objeto**, sede e **prazo**”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma *holding*.

De acordo com Edmar Oliveira Andrade Filho³²:

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Ora, é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas

³² ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como mero *canais de investimento*, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios e administradores dentro de sua liberdade de empreender e de buscar maximizar os resultados nos limites da lei.

Se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso de empresas veículos em estruturas de aquisições de investimentos com ágio, sem qualquer prejuízo de aplicação da norma fiscal de dedutibilidade.

Conforme restou decidido no Acórdão nº **1402-002.373**, “*o simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações*”.

Caminhando nesse mesmo sentido, entendo que não há nenhum *vício* ou *aparência* sobre a existência, causa e finalidade da *empresa veículo* Provence. E qual foi a sua finalidade? Ora, foi a de adquirir o investimento com ágio, pago a parte não relacionada, de forma também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal pós sua *incorporação reversa*.

Antes de uma *extensão de caixa*, a Provence foi devidamente constituída, atendeu seu objeto social de participar em outra sociedade, recebeu os aportes em subscrição de capital social, figurou como adquirente na compra, pagou o respectivo preço, calculou o ágio nos termos da lei e foi incorporada às avessas no momento no qual ela detinha a respectiva participação societária, reunindo, assim, as condições para aproveitamento fiscal do sobrepreço, tal como autorizado pelo Legislador.

E nem se diga, como apontado no acórdão recorrido, que a *rastreabilidade da origem* dos recursos contaminaria esse direito.

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*³³, tal *tese* definitivamente não se sustenta em face do princípio da legalidade, afinal, repita-se, o referido artigo 7º autorizava a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha*”

³³ Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis:

“(…) não se pode perder de vista que, para se falar em “real”, é necessário que haja o “irreal”, o “falso”, o “ilegítimo”. Ou seja, “real adquirente”, para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”.

A utilização desse tipo de restrição ou a imposição como um “teste” de forma ampla, geral e irrestrita, especialmente para casos muitas vezes anteriores à própria regulamentação contábil, e que não digam respeito a simulação, fraude ou abuso, portanto, já seriam equivocadas, independentemente de quaisquer outras análises.”. (Realidade do “real adquirente”. In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225).

participação societária adquirida com ágio ou deságio” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que detém o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo deter) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da fonte dos recursos empregados no negócio.

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito, inclusive de forma intencional, seja ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º), seja pela falta de vedação legal desta estrutura de aquisição pela Lei nº 12.973, quando revisou e alterou o tratamento fiscal do ágio.

Ora, a utilização da expressão “na qual detenha participação societária adquirida” pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, na realidade conferiu ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio na operação ora analisada.

Destaca-se, nesse sentido, decisão da 1ª Turma do STJ, proferida por unanimidade de votos no **Resp 2.026.473/SC**, que validou o uso de empresa veículo como meio de operacionalizar a aquisição de investimentos, sem prejuízo da dedução do ágio, conforme atesta a seguinte passagem do voto condutor do Min. Gurgel de Faria:

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

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

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

Assim, filio-me à orientação de que: *A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do*

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

Adotar a interpretação de que o adquirente, no caso, seria o controlador em razão do aporte financeiro conferido, com a devida vênia, colocaria o intérprete na indevida posição de Legislador, permitindo-lhe alterar a literalidade e o conteúdo do texto legal, o que definitivamente não tem cabimento.

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente, é certo, constitui circunstância irrelevante para fins de dedução, até mesmo porque seguir este entendimento de condicionar o direito de deduzir o ágio à *origem da origem* dos recursos (e aqui a redundância é proposital) conduziria ao *absurdo* cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que até mesmo deixaria de existir na figura de uma sociedade, que não passa de uma *ficção jurídica*, considerando que no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Como diria Carlos Maximiliano³⁴:

... a interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.

(...)

Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas. Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva (...)

Essas são as razões, contudo, que me levam a reformar a decisão recorrida nesse particular, de modo que os autos devem retornar a DRJ para apreciação dos questionamentos acerca do laudo apresentado para demonstração do fundamento do ágio.

(6) Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível

Considerando que a glosa do ágio com fundamento no uso de empresa veículo restou afastada, a glosa também, em tese, deve ser afastada para a CSLL por decorrência lógica.

Ocorre que, considerando que os autos devem voltar para a DRJ apreciar a questão do laudo, o Colegiado entendeu que a matéria em testilha deve ser apreciada.

Pois bem.

³⁴ Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 20ª edição. P. 103 e 226.

Trata-se de matéria conhecida por esta C. Câmara Superior de Recursos Fiscais e que, em Sessão de 09 de setembro de 2021, foi julgada de forma favorável ao contribuinte ao abrigo do critério de desempate previsto no artigo 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo artigo 28 da Lei nº 13.988/2020, no Acórdão nº **9101-005.773**.

Nesse contexto, e tendo em vista que o presente Julgador acompanhou, sem ressalvas, o voto vencedor do I. Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella na referida decisão, adoto os fundamentos nele constantes, abaixo transcritos, como razões de decidir:

(...)

É certo que uma das maiores controvérsias sobre a instituição e a incidência da CSLL sempre foi a *proximidade* de sua base de cálculo com o Lucro Real, sobre o qual o IRPJ incide, dentro da sua mais tradicional modalidade de apuração.

Porém, principalmente após as alterações promovidas nas estruturas da *regra matriz* dessa Contribuição Social, ainda no início dos anos 1990, restou clara a preocupação do Legislador federal em esclarecer a precisa delimitação de sua base quantitativa de incidência, assim como suas *identidades* e *disparidades* com a base tributável do IRPJ.

Em resumo, temos que, inicialmente, a Lei nº 7.689/88 instituiu em seu art. 2º que a base de cálculo da CSLL seria o *valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda*.

Logo depois, foi editada a Lei nº 8.034/90, que além de promover alterações na legislação do IRPJ, referentes a incentivos fiscais de comércio exterior e desenvolvimento regional, no seu art. 2º melhor deu *forma* e concretude à base tributável dessa *nova* Contribuição Social de 1988, determinado expressamente para o seu cálculo a *adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base e do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda*.

Na mesma esteira, de maneira bastante **simétrica**, também fixou-se lá, textualmente, a determinação de exclusão *do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita e do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas, não dedutíveis da determinação do lucro real, que tenham sido baixadas no curso de período-base*.

Posteriormente, inclusive já dentro de um cenário bastante amadurecido de embates judiciais, em 1995, primeiro foi editada e promulgada a Lei nº 8.981, poucos meses depois alterada pela Lei nº 9.065, que determinou no seu art. 57 que *aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de*

renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

Claramente, aqui vê-se uma confirmação da aproximação da dinâmica de apuração, vencimento e pagamento da CSLL e do IRPJ - mas ressalvada, expressamente, a manutenção de seus próprios critérios quantitativos, quais sejam, base de cálculo e alíquota, veiculados em legislação própria.

Ainda no mesmo ano, foi publicada a Lei nº 9.249/95, a qual, apesar de estabelecer mais *coincidências* pontuais na obtenção da bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, paradoxalmente, tratou-as, manifestamente, de forma independente, individual e autônoma, firmando que:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável;

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com produção ou comercialização dos bens e serviços;

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;

VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes.

1º Admitir-se-ão como dedutíveis as despesas com alimentação fornecida pela pessoa jurídica, indistintamente, a todos os seus empregados.

§ 2º Poderão ser deduzidas as seguintes doações:

I - as de que trata a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991;

II - as efetuadas às instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213

da Constituição Federal, até o limite de um e meio por cento do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a de que trata o inciso seguinte;

III - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

a) as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária;

b) a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto;

c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União.

Pois bem, clara e exaustivamente, resta certo que não existe identidade jurídica pressuposta entre o Lucro Real e a base de cálculo da CSLL, pois, simplesmente, assim não determinou o Legislador no art. 2º da Lei nº 7.689/88 ou em qualquer outra regra delimitadora do critério quantitativo da Contribuição Social em comento.

Além disso, mesmo considerando que ambas bases tributáveis têm na origem aritmética nos primordiais resultados contábeis percebidos pelas entidades, todos os ajustes, adições e exclusões devem ser expressamente trazidos em legislação própria, pertinente, textualmente direcionada à CSLL - ou, da mesma forma, apenas ao IRPJ. Nesse sentido, confira-se o comentário do Professor Ricardo Mariz de Oliveira³⁵ sobre o tema:

Tal como com relação ao IRPJ, a base de cálculo da CSL é o lucro líquido apurado contabilmente segundo a Lei n. 6.404, de 15.12.1976, o qual funciona apenas como ponto de partida para determinação dessa base de cálculo, pois a partir dele é que são feitos os ajustes de acréscimos de débitos contábeis fiscalmente indedutíveis e as exclusões de créditos contábeis não tributáveis, além de outros ajustes prescritos ou autorizados pela lei tributária. (...)

Quanto aos ajustes no lucro líquido, para determinação da base de cálculo da CSL, já vimos acima que são apenas os prescritos expressamente pela respectiva legislação, de tal sorte que nem todo ajuste previsto para fins do lucro real tributável pelo IRPJ se aplica à CSL.

Quando a Lei nº 9.532/97 trouxe a regulamentação da dedução do ágio fundamentado em rentabilidade futura, não houve qualquer prescrição de seu

³⁵ Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo : Quartier Latin, 2008. p. 976.

alcance à CSLL, inclusive mencionando o art. 7º, expressamente, o termo Lucro Real. No mais, o resto da legislação relativa a esta Contribuição Social é também silente em relação a tal modalidade de dispêndio incorrido nas aquisições societárias.

Aqui podem ser erigidas diversas leituras e interpretação sobre essa ocorrência legislativa.

Existem aqueles que, partindo de uma premissa de identidade da regra geral de exclusão de despesas do IRPJ e da CSLL, consubstanciada no art. 47 da Lei nº 4.506/64, supostamente reafirmada pelo final da redação do caput do art. 13 da Lei nº 9.249/95 - e somado ao entendimento que o art. 7º da Lei nº 9.532/97 trouxe, na verdade, uma benesse ou uma exceção à regular apuração do Lucro Real - a ausência de sua extensão literal à CSLL culminaria, na verdade, em impossibilidade de dedução das despesas de ágio da monta ajustada do lucro onerada por tal Contribuição Social.

Tal entendimento encontra-se estampado no v. Acórdão nº 1402-003.858, proferido pela C. 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, de relatoria do I. Conselheiro Evandro Correa Dias, publicado em 21/06/2019, onde se estabeleceu que como não há previsão legal de exclusão da despesa de amortização com ágio da base de cálculo da CSLL, ela deve ser mantida na referida base de cálculo, uma vez que a legislação em mais de uma oportunidade determina que para a apuração da base de cálculo da CSLL, deve ser observada a legislação aplicável ao IRPJ.

Alcançando conclusão semelhante, outros entendem que, com a alteração promovida pela Lei nº 8.034/95 no art. 2º da Lei nº 7.689/88, qualquer oscilação quantitativa relacionada dos valores de investimentos societários, controlados pelo Método de Equivalência Patrimonial - MEP, seria neutra para fins de apuração da CSLL. Como a própria natureza da mensuração e controle dos investimentos em que o dispêndio de ágio foi percebido se daria por meio de tal metodologia, não haveria em se falar de sua dedutibilidade *fiscal* da Contribuição Social - conforme, inclusive, consta do voto vencedor do v. Acórdão, ora recorrido.

Contudo, entende-se, *data maxima venia*, que ambos entendimentos são manifestamente improcedentes, equivocados e contrariam a materialidade da *regra matriz* da CSLL - a qual está muito evidente, clara e profundamente delineada na legislação vigente - e dependem da aplicação de normas típicas e exclusivas da obtenção do Lucro Real e da desconsideração do *iter*, legalmente regulado, na obtenção da base tributável dessa Contribuição Social, para a sua *hipotética procedência*.

Nessa linha, em termos mais abstratos e em primeiro lugar, na medida que a despesa do ágio, na compra da participação societária, foi incorrida (fato não questionado agora, dado como incontroverso nessa C. Instância especial), representando dispêndio empresarial de investimento da entidade, pela sua própria natureza, a dedutibilidade é certa e está garantida, até eventual

questionamento fundamentado pelo Fisco, nos termos da regra do *atual* art. 311 do RIR/18.

Mais do que isso: na manutenção dos registros contábeis e mecanismos de obtenção do *resultado*, tal rubrica, naturalmente, consta como elemento redutor.

Não sendo aplicável à CSLL a disposição do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, que historicamente impedia o cômputo dos valores de ágio e deságio do Lucro Real, este prevalece na obtenção do *lucro líquido*, não existindo qualquer fundamento legal para exigir a adição desses valores de ágio amortizados contabilmente na extração da base de cálculo dessa Contribuição Social.

Em segundo lugar, as regras para a amortização do ágio fundamentado em rentabilidade futura, arroladas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, são *requisitos* legais apenas dirigidos à apuração do Lucro Real, que presta-se de base de cálculo apenas para o IRPJ. Repita-se: para a CSLL, o ágio é dispêndio ordinário, que constrói o *lucro*, percebido pela entidade empresarial.

Endossando tal posição, consta o seguinte do v. Acórdão nº 9101-002.310, proferido por esta mesma C. 1ª Turma da CSRF, de redatoria do I. Conselheiro Helio Eduardo de Paiva Araujo, publicado em 08/06/2016:

Ora, conforme se verifica da leitura dessas disposições - ao contrário do que afirma a decisão de primeira instância, o mencionado art. 57 da Lei 8.981/95 não autoriza, de forma alguma, a aplicação indiscriminada das disposições regentes do Imposto de Renda na verificação dos contornos de incidência da CSLL, mas preserva, expressamente, os ditames próprios da definição de sua base de cálculo, da forma como realizado pelas disposições até então vigentes, mantendo, assim, as normas contidas na mencionada Lei 7.689/88, nos termos ali então especificamente apontados.

A partir dessas considerações, verifica-se que, conforme destacado das disposições do art. 2º, parágrafo 1º, alínea 'c' da Lei 7.689/88, ali expressamente se faz referência aos específicos ajustes (exclusões e adições) a serem aplicados ao resultado do período-base, apurado a partir da aplicação das expressas disposições da legislação comercial, distinguindo a composição da base de cálculo da Contribuição em questão, assim, às regras próprias da legislação do Imposto sobre a Renda.

Assim, para admitir-se como válida qualquer exclusão e/ou adição na apuração da base de cálculo da CSLL, faz-se essencial, no caso, a existência de legislação especificamente a ela relacionada, sem a qual, estar-se-ia admitindo a possibilidade de interpretação ampliativa de normas restritivas de direito, o que, definitivamente, não tem qualquer cabimento em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Nessa linha, fixando o ponto de partida do nosso pensamento sobre a matéria, as regras de dedutibilidade de despesas que sejam aplicáveis na apuração do lucro real, não podem ser estendidas, sem a necessária pré-existência de previsão legal, à apuração da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Fixada essa premissa necessária, relevante destacar, ainda, que a amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo

determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

Nessa linha, portanto, penso que o que se deve exigir e verificar não é a previsão legal expressa para que seja admitida a dedução do ágio iniludivelmente pago, mas sim a inexistência de vedação para essa operacionalização, o que, no caso, efetivamente é o que se verifica em relação à CSLL.

[...]

Por fim, deve ser afastada a ótica antes adotada, de tratar tais registros, para fins de apuração da base da CSLL, exclusivamente e como mera oscilação quantitativa em *avaliação do investimento pelo MEP* - que supostamente guardariam total *neutralidade* - posto que, assim, ignora-se a ocorrência, material, do próprio dispêndio, em si considerado (conforme aceito pelo próprio I. Relator *aquo*) e, principalmente, sempre foi controlado de forma contábil de maneira *destacada, distinta e independente* do valor patrimonial do investimento adquirido, conduzindo a um reflexo fiscal muito diverso.

Nesse sentido, entendo que a decisão ora recorrida merece reforma, de modo a garantir a dedutibilidade do ágio na base de cálculo da CSLL.

(7) Insubstância da Multa de Ofício Qualificada – Inexistência de Dolo ou Fraude.

A fiscalização qualificou a multa de ofício (de 75% para 150%) sob a premissa de que a Recorrente, ao interpor uma *empresa veículo* para fins de amortizar fiscalmente o ágio, teria se valido de uma indevida reorganização societária como forma de, conscientemente, burlar a legislação.

Embora a DRJ tenha afastado a qualificação, o Colegiado a quo deu provimento ao recurso de ofício, por concluir que *a operação ocorreu com etapas artificiais, apesar de formalmente legais quando vistas isoladamente, procurando esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que essa redução era ilegal. Isso é um típico caso de fraude e entendo como válida a multa qualificada.*

Não concordo com esse racional. Senão, vejamos:

A qualificação da multa de ofício encontra-se prevista no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

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;

[...]

§ 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.

Da leitura desse dispositivo, verifica-se que a multa de ofício ordinária é de 75%, cabível nas hipóteses de falta de recolhimento do tributo, falta de declaração ou apresentação de declaração inexata, devendo esta ser duplicada apenas nas hipóteses previstas nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964, abaixo transcritos.

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 impôsto 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.

Para que se possa, então, cogitar a qualificação da multa (de 75% para 150%), é imprescindível que a autoridade fiscal identifique e comprove, além da conduta de não pagar tributo, não declará-lo ou declará-lo de forma inexata, que a contribuinte teve a intenção de esconder que ela própria incorreu na materialidade tributária ou que ela se valeu de medidas ilícitas para manipular o fato gerador.

Para esse labor, deve-se diferenciar as hipóteses de *contraste hermenêutico* das hipóteses em que o contribuinte busca atuar sobre o material fático, com vistas a

intencionalmente ocultar ou dificultar o descobrimento dos fatos ou operações praticadas. São coisas inconfundíveis...

Nesse caso concreto, entendo que realmente não houve conduta fraudulenta ou dolosa por parte da Recorrente, mas, quando muito, interpretação divergente quanto às normas tributárias que conferem o direito de deduzir ágio, notadamente a legitimidade ou não de interposição de *holdings* como forma de adquirir investimentos.

Não há, ao contrário do que quer fazer crer a fiscalização e a decisão de piso, nenhum registro ou indício de utilização de qualquer tipo de medida fraudulenta por parte da Recorrente. Pelo contrário, os valores glosados foram contabilizados, a operação foi amplamente divulgada e o ágio devidamente escriturado.

Foi, aliás, a partir das informações colhidas da própria contribuinte que a fiscalização tomou conhecimento dos fatos e lançou os tributos que considerou devidos.

Ora, não há dúvidas de que o contribuinte buscou, ao deduzir as referidas despesas com o ágio, obter economia tributária, mas daí a afirmar que restariam caracterizados dolo ou fraude, com a devida vênia, existe um verdadeiro abismo.

Também a invocação de uma pretensa falta de *propósito comercial* nos negócios praticados – figura esta que, na realidade, acabou sendo importada da *prática alienígena*, mas que a todo rigor nunca foi acolhida pelo Direito Tributário Brasileiro -, revela-se totalmente imprópria e insuficiente para qualificar a multa de ofício.

Nesse sentido já se pronunciou essa E. 1ª Turma da CSRF em decisões que afastaram a qualificação da multa em situações semelhantes a presente, conforme atestam as ementas dos seguintes julgados:

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. (Acórdão nº **9101-005.761**. Sessão de 08/09/2021. Rel. Fernando Brasil de Oliveira Pinto).

MULTA QUALIFICADA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA DOLOSA.

Não restando comprovada nos autos a conduta dolosa, com evidente intuito de fraude, do contribuinte, é aplicável a multa no percentual de 75%, nos termos do

§ 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96. (*Acórdão nº 9101-005.791. Sessão de 08/10/2021. Rel. Alexandre Evaristo Pinto*).

ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. ADOÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ACUSAÇÃO DE FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. REAIS ADQUIRENTES ESTRANGEIROS. IMPROCEDÊNCIA DO FUNDAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUIO. REDUÇÃO DA SANÇÃO DUPLICADA.

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

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

A figura de origem estrangeira da ausência de propósito negocial, dentro da narrativa de que o contribuinte praticou determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, não configura hipótese legal de fraude, conforme a devida conceituação de Direito Civil, e nem pode se amoldar à previsão do art. 72 da Lei nº 4.502/64. (*Acórdão nº 9101-005.872. Sessão de 11/11/2021. Rel. Caio Cesar Nader Quintella*).

A multa qualificada, portanto, deve ser afastada.

Conclusão

Pelo exposto: **(i)** quanto à matéria *Efetiva Confusão Patrimonial entre Investidora e Investida e Validade da Suposta “Empresa Veículo”*, dou provimento parcial ao recurso, com retorno à DRJ para apreciação dos questionamentos acerca do laudo apresentado para prova do fundamento do ágio; **(ii)** no que diz respeito à matéria *Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível*, dou provimento ao recurso; e **(iii)** relativamente à matéria *Insubsistência da Multa de Ofício Qualificada – Inexistência de Dolo ou Fraude*, dou provimento ao recurso.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

VOTO VENCEDOR

Conselheira **Edeli Pereira Bessa**, redatora designada

O I. Relator restou vencido em seu entendimento favorável ao provimento do recurso especial da Contribuinte na matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”. A maioria do Colegiado compreendeu que deveria ser negado provimento à pretensão da Contribuinte por inexistir qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que reduz indevidamente o lucro real.

Esclareça-se que a divergência jurisprudencial suscitada pela Contribuinte, neste ponto, pretendia a declaração de inexigibilidade da CSLL ainda que considerada indedutível, na apuração do lucro real, a amortização do ágio em discussão. Por tal razão, este Colegiado compreendeu que a matéria era dotada de autonomia suficiente para ser solucionada, apesar de, na matéria principal, ter sido determinado o retorno dos autos à DRJ para apreciação de argumentos subsidiários em favor da dedutibilidade do ágio escriturado.

Com base nos fundamentos que serão a seguir expostos, restou firmado que a CSLL aqui lançada deverá subsistir caso a despesa com amortização de ágio, ao final das análises complementares decorrentes do retorno à DRJ, com o exame das alegações em torno da legitimidade do laudo de avaliação ou estudo contemporâneo à ocorrência do lançamento do ágio, seja considerada indedutível. Assim, distintamente da qualificação da penalidade, afastada independentemente da decisão que venha a ser, ao final, adotada em relação à dedutibilidade do ágio em debate, a exigência de CSLL foi validada, apenas, sob a ótica de que a legislação tributária impõe que a mesma solução dada à dedutibilidade das amortizações de ágio no lucro real seja estendida à dedutibilidade de tais parcelas na base de cálculo da CSLL.

A CSLL lançada, portanto, somente será exigível se, na apreciação dos argumentos subsidiários deduzidos desde a impugnação, for confirmada a indedutibilidade das amortizações de ágio aqui glosadas.

Assim, solucionando o dissídio jurisprudencial sob a compreensão de que a glosa da amortização de ágio na apuração da base de cálculo da CSLL decorreu, aqui, da inobservância dos

requisitos expressos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 – refletidos no art. 386 do RIR/99 –, cabe reiterar o entendimento desta Conselheira contrário à existência de *qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização* de ágio que reduza indevidamente o lucro tributável do sujeito passivo, expresso no voto vencedor do Acórdão nº 9101-006.164³⁶.

Isto porque a figura do ágio surge, em regra, no momento da aquisição do investimento, quando seu custo de aquisição é confrontado com a correspondente parcela do patrimônio líquido da investida e mostra-se superior a ela. Assim, sua formação decorre, necessariamente, da adoção do método de equivalência patrimonial para avaliação de investimentos. E, neste ponto, nota-se que a legislação, ao disciplinar a forma como seriam registrados os investimentos permanentes em coligadas ou controladas, não tratou especificamente daquela figura.

Originalmente, o Decreto-lei nº 2.627, de 1940, adotava apenas o custo de aquisição como regra para valoração de investimentos:

Art. 129. No fim de cada ano ou exercício social, proceder-se-á a balanço geral, para a verificação dos lucros ou prejuízos.

Parágrafo único. Feito o inventário do ativo e passivo, **a estimação do ativo obedecerá às seguintes regras:**

a) os bens, destinados à exploração do objeto social, **avaliar-se-ão pelo custo de aquisição**. Na avaliação dos que se desgastam ou depreciam com o uso ou pela ação ao tempo ou de outros fatores, atender-se-á à desvalorização respectiva, devendo ser criados fundos de amortização para assegurar-lhes a substituição ou a conservação do valor;

b) **os valores mobiliários**, matéria prima, bens destinados à alienação, ou que constituem produtos ou artigos da indústria ou comércio da sociedade, podem ser **estimados pelo custo de aquisição** ou de fabricação, ou pelo preço corrente no mercado ou Bolsa. Prevalecerá o critério da estimação pelo preço corrente, sempre que este for inferior ao preço do custo. Quando o preço corrente ou venal estiver acima do valor do custo de aquisição ou fabricação, se avaliados os bens pelo preço corrente, a diferença entre este e o preço do custo não será levada em conta para a distribuição de dividendos, nem para as percentagens referentes aos fundos de reserva;

[...] (*negrejou-se*)

³⁶ 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, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente) e divergiram na matéria os Conselheiros Livia De Carli Germano (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

A Lei nº 6.404, de 1976, alterou significativamente este contexto, ao instituir a avaliação de investimentos com base no patrimônio líquido da investida. O tema foi assim abordado em sua Exposição de Motivos:

Na **avaliação**, no balanço patrimonial, de **investimento considerado relevante, o princípio geral do custo de aquisição**, atualizado monetariamente, não é critério adequado, porque não reflete as mutações ocorridas no patrimônio da sociedade coligada ou controlada. Daí as normas do artigo 249 que impõem, nos casos que especifica, **a avaliação com base no patrimônio líquido**. Quando esses investimentos correspondem a parcela apreciável dos recursos próprios da companhia, nem mesmo o critério de avaliação com base no patrimônio líquido é suficiente para informar acionistas e credores sobre a sua situação financeira: somente a elaboração de demonstrações financeiras consolidadas, segundo as normas constantes do artigo 251, poderá proporcionar esse conhecimento.

[...]

Os critérios de avaliação do ativo (art. 184) são os da lei atual, com as seguintes inovações:

[...];

b) o custo de aquisição dos investimentos em outras sociedades deverá ser deduzido das perdas prováveis na realização do seu valor e não será modificado pelo recebimento de ações ou quotas bonificadas; mas os investimentos relevantes em coligadas e controladas deverão ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido (nº II); *(negrejou-se)*

A Lei nº 6.404, de 1976, por sua vez, estava assim redigida, em seu texto original:

Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:

[...]

III - os **investimentos em participação no capital social de outras sociedades, ressalvado o disposto nos artigos 248 a 250, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para perdas prováveis na realização do seu valor**, quando essa perda estiver comprovada como permanente, e que não será modificado em razão do recebimento, sem custo para a companhia, de ações ou quotas bonificadas;

[...]

§ 2º A diminuição de valor dos elementos do ativo imobilizado será registrada periodicamente nas contas de:

[...]

b) **amortização, quando corresponder à perda do valor do capital aplicado na aquisição de direitos da propriedade industrial ou comercial e quaisquer outros com existência ou exercício de duração limitada, ou cujo objeto sejam bens de utilização por prazo legal ou contratualmente limitado;**

[...]

Art. 248. **No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes** (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, **serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido**, de acordo com as seguintes normas:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a **diferença entre o valor do investimento**, de acordo com o número II, e o **custo de aquisição** corrigido monetariamente; somente será registrada **como resultado do exercício**:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I. *(negrejouse)*

[...]

Art. 250. Das demonstrações financeiras consolidadas serão excluídas:

I - as participações de uma sociedade em outra;

II - os saldos de quaisquer contas entre as sociedades;

III - as parcelas dos resultados do exercício, dos lucros ou prejuízos acumulados e do custo de estoques ou do ativo permanente que corresponderem a resultados, ainda não realizados, de negócios entre as sociedades.

[...]

§ 2º A parcela do custo de aquisição do investimento em controlada, que não for absorvida na consolidação, deverá ser mantida no ativo permanente, com dedução da provisão adequada para perdas já comprovadas, e será objeto de nota explicativa.

§ 3º O valor da participação que exceder do custo de aquisição constituirá parcela destacada dos resultados de exercícios futuros até que fique comprovada a existência de ganho efetivo.

[...] (*negrejou-se*)

Nestes termos, os investimentos avaliados pelo custo de aquisição, em determinadas circunstâncias, poderiam ser ajustados por provisão de perdas prováveis em sua realização, mas o regramento da avaliação de investimentos por equivalência patrimonial não cogitava de destaque semelhante, mas equivalente ao ágio pago na aquisição do investimento. Por sua vez, a amortização prevista em razão da *diminuição de valor dos elementos do ativo imobilizado* ficou restrita a *direitos de propriedade industrial ou comercial* ou outros bens e direitos com duração ou utilização contratual limitadas, distintos, portanto, dos investimentos permanentes em outras sociedades.

Significa dizer que o investimento avaliado por equivalência patrimonial deveria ser registrado pelo custo de aquisição e, no momento do balanço patrimonial da investidora, seria confrontado com o equivalente patrimônio líquido da investida, sendo a diferença registrada como resultado do exercício, mas somente se decorrente de resultados da investida e ganhos ou perdas efetivos, ou em razão de determinações da Comissão de Valores Mobiliários. Evidência de que o ágio permanecia integrando o custo de aquisição do investimento em tais circunstâncias são as determinações do art. 250, §§2º e 3º da Lei nº 6.404, de 1976, que revelam o tratamento a ser dado às diferenças positivas e negativas entre o custo do investimento avaliado por equivalência patrimonial e o correspondente patrimônio da investida em caso de consolidação de balanços.

Na mesma linha é a abordagem contida em edição antiga do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. 3ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 1991: pág. 248):

Ao comprar ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da compra, segregar na contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor

da equivalência patrimonial numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta.

A lei das S.A., na verdade, não abordou esse tratamento contábil especificamente; todavia, ele está de acordo com adequada técnica contábil e expresso ainda na legislação fiscal, através do art. 259 do RIR (Decreto nº 85.450, de 04-12-80) e na Instrução CVM nº 01, itens XX e XXV.

A subconta relativa ao ágio ou deságio deve figurar no próprio grupo de investimentos, sendo que a instrução CVM nº 01 estabelece que, para fins do Balanço Patrimonial, os saldos de ambas as contas devem estar agrupados no Ativo Permanente.

Somente com a edição do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 surge a primeira determinação legal para que as pessoas jurídicas submetidas à tributação pelo lucro real, sociedades anônimas ou não, promovam o desdobramento do custo de aquisição do investimento avaliado por equivalência patrimonial, destacando o ágio ou deságio correspondente e apresentando seu fundamento econômico. Neste sentido são as disposições de seu art. 20:

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

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de

acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. *(negrejou-se)*

A amortização contábil do ágio, por sua vez, é implicitamente admitida no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, mas sua dedução no lucro real é postergada para o momento da alienação do investimento, nos termos do seu art. 33:

Art. 25 - O ágio ou deságio na aquisição da participação, **cujo fundamento tenha sido a diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens do ativo da coligada ou controlada** (art. 20, § 2º, letra a), deverá ser amortizado no exercício social em que os bens que o justificaram forem baixados por alienação ou perecimento, ou nos exercícios sociais em que seu valor for realizado por depreciação, amortização ou exaustão.

§ 1º - A contrapartida da amortização do ágio ou deságio nos termos deste artigo **somente será computada na determinação do lucro real** pela diferença entre o montante da amortização e o da participação do contribuinte:

a) no resultado realizado pela coligada ou controlada na alienação ou baixa dos bens do ativo cujo valor tenha constituído o fundamento econômico do ágio ou deságio; ou

b) no valor realizado pela coligada ou controlada na depreciação, amortização ou exaustão desses bens.

§ 2º - **As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio com os fundamentos das letras b e c de § 2º de artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.**

[...]

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 - saldo não amortizado de ágios ou deságios na aquisição da participação com fundamento na letra a do § 2º do artigo 20;

III - **ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras b e c do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte;**

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

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Serão computados na determinação do lucro real:

a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios;

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte. *(negrejou-se)*

Será, assim, a Instrução CVM nº 01, editada posteriormente, em 27/04/1978, que primeiro determinará o registro desta amortização:

Desdobramento do custo de aquisição de investimento

XX - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada ou em controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:

a) equivalência patrimonial baseada em balanço patrimonial ou em balancete de verificação levantado até, no máximo, sessenta dias antes da data da aquisição pela investidora ou pela controladora, consoante o disposto no Inciso XI

b) ágio ou deságio na aquisição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.

XXI - o ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou:

a) diferença para mais ou para menos entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil desses mesmos bens na coligada ou na controlada;

b) diferença para mais ou para menos na expectativa de rentabilidade baseada em projeção do resultado de exercícios, futuros;

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

XXII - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil na coligada ou na controlada desses mesmos bens deverá ser amortizado na proporção em que for sendo realizado na coligada ou

na controlada por depreciação, por amortização ou por exaustão dos bens, ou por baixa em decorrência de alienação ou de perecimento desses mesmos bens.

XXIII - O **ágio ou o deságio decorrente da expectativa de rentabilidade deverá ser amortizado no prazo e na extensão das projeções que o determinaram ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento** antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

XXIV - O **ágio decorrente de fundo de comércio, de intangíveis ou de outras razões econômicas, deverá ser amortizado no prazo estimado de utilização, de vigência ou de perda de substância ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento** antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

XXV - Na elaboração do balanço patrimonial da investidora ou da controladora, o saldo não amortizado do **ágio ou do deságio** deverá ser apresentado no ativo permanente, adicionado ou deduzido, respectivamente, da equivalência patrimonial do investimento a que se referir. A provisão para perdas deverá também ser apresentada no ativo permanente por dedução da equivalência patrimonial do investimento a que se referir. *(negrejou-se)*

Resta evidente, portanto, que a amortização contábil do **ágio** pago na aquisição de investimentos era apenas uma possibilidade no momento da edição do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, e não estava cogitada na Lei nº 6.404, de 1976. A determinação de que ela fosse apropriada contabilmente surge, apenas, com a manifestação da Comissão de Valores Mobiliários.

Dessa forma, é válido concluir que a Lei nº 7.689, de 1988 não cogitava dos efeitos desta amortização quando fixou o *resultado do exercício* como base de cálculo da CSLL, e determinou os ajustes pertinentes, estes evidentemente expressos em razão do que estabelecido pela Lei nº 6.404, de 1976:

Art. 1º Fica instituída contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social.

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é **o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.**

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, **será ajustado** pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

- 1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990) *(negrejou-se)*

Assim não fosse e o ato normativo da CVM estaria determinando incidência tributária, ou afastando-a. Decorre daí ser desnecessário que a Lei nº 7.689, de 1988 determinasse a adição da amortização de ágio à base de cálculo da CSLL, porque esta dedução não estaria computada no lucro contábil apurado na forma da Lei nº 6.404, de 1976.

Para além disso, embora a Lei nº 7.689, de 1988, ao instituir a CSLL, não tenha cogitado especificamente da adição, à sua base de cálculo, de amortizações de ágio que tivessem reduzido o lucro contábil, ou da exclusão de acréscimos decorrentes da amortização de deságio, referida lei, em seu art. 2º, apontou a neutralidade dos resultados de equivalência patrimonial, método do qual decorre o destaque de ágio e deságio em investimentos.

Já no âmbito da apuração do lucro real, o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, disciplinou os efeitos das amortizações de ágio e deságio, mas em razão do disposto em seu art. 34, a Lei nº 9.532, de 1997 impôs limites à amortização do ágio naqueles casos, alinhando os efeitos fiscais aos contábeis, como a seguir demonstrado.

De fato, os efeitos das amortizações de ágio e deságio, à época em que as operações foram realizadas, estavam assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598, de 1977:

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.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). *(negrejou-se)*

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404, de 1976:

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.

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404, de 1976, e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, o legislador assim fixou na seqüência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

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:

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;

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.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

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

b) mantiver, 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.

§ 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.

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532, de 1997, expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

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”, vêm 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 visto o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532, de 1997, podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

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.

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

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro tributável, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Neste contexto, embora à primeira vista a Lei nº 9.532, de 1997 aparente surtir efeitos apenas ***nos balanços correspondentes à apuração de lucro real***, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil como antes mencionado, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004:

Subseção III

Do Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Da incorporação, fusão ou cisão

Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 1º Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.

§ 2º A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata:

I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

II - o inciso II do caput:

a) **poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;**

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:

a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;

b) deduzido como perda, se ágio, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa;

c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.

§ 4º As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3º serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possança, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

§ 6º Na hipótese da alínea "b" do inciso III do § 3º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 7º O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6º poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

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

§ 9º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica. *(negrejou-se)*

Assim, para além de a Lei nº 7.689, de 1988, ter por referência a Lei nº 6.404, de 1976, que não cogitava de amortização de ágio, e apontar para a neutralidade dos resultados de equivalência patrimonial, método do qual decorre o destaque de ágio e deságio em investimentos, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004, quer por interpretação dos termos da Lei nº 9.532, de 1997 no contexto em que foi editada, e mesmo em consequência da apuração contábil, a base de cálculo da CSLL necessariamente resta indevidamente afetada pela amortização do ágio aqui em comento.

Não se vislumbra, dessa forma, qualquer especificidade que possa ensejar um resultado diferenciado para a apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que passou a reduzir indevidamente as bases tributáveis da autuada.

Estas as razões para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte, e confirmar que a CSLL será também exigível se, ao final do contencioso administrativo em torno dos argumentos subsidiários cuja apreciação impõe o retorno à DRJ, for confirmada a indedutibilidade das amortizações de ágio aqui glosadas.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro **Luiz Tadeu Matosinho Machado**

Acompanhei posicionamento do d. relator em seu substancial voto quanto à dedutibilidade do ágio, ainda que pelas conclusões, por entender que no presente caso estão presentes os requisitos autorizadores à amortização do ágio gerado na operação societária discutida nesses autos.

A autuação fiscal, refere-se a exclusão indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos anos-calendário 2013 e 2014, de despesas relativas à amortização do ágio transferidas pago

pela Provence Participações S/A na aquisição da Comgas (recorrente) uma vez que o ágio apurado não teria laudo de avaliação que justificasse seu fundamento econômico e ainda, que teria sido gerado por meio de uma empresa-veículo (Provence) sem propósito comercial.

A acusação fiscal se sustenta, portanto, na ausência de confusão patrimonial entre a “real investidora” (Cosan) e a adquirida para que se viabilizasse o permissivo legal para a amortização do ágio, pago por intermédio da empresa veículo constituída para a aquisição (Provence). Aponta a fiscalização que Provence não detinha capacidade financeira para a aquisição e que quem de fato suportou o ônus da operação de aquisição da participação foi sua controladora (Cosan).

Sustenta ainda a autoridade fiscal que nesse curto período de existência que a Provence não incorreu em custos, despesas ou receitas, apresentando apenas a movimentação decorrente do pretense investimento na Comgás e seu ágio.

O Termo de Verificação Fiscal - TVF aponta, ainda, que restou caracterizado intuito fraudulento de não pagar os tributos devidos por meio das referidas operações, o que ensejou a aplicação de multa qualificada de 150%.

A contribuinte, em seu recurso voluntário, defendeu a lisura da operação e da amortização do ágio pago, sustentando, em síntese que a empresa Provence não apenas teve propósitos comerciais próprios, como também existiram diversos aspectos comerciais que conduziram à utilização da empresa holding como compradora, ao invés da compra ser realizada diretamente pela Cosan, visando a dar maior transparência a operação e minimizar riscos e ou aumento de custos ou despesas que poderiam advir de uma aquisição direta.

A recorrente também aponta em seu recurso voluntário que, ao contrário do que afirma a fiscalização em seu TVF e a DRJ, o ágio efetivamente pago seria passível de aproveitamento se a operação tivesse sido realizada sem o concurso da chamada empresa-veículo (Provence), descrevendo várias formas que o negócio poderia ter sido estruturado, nas quais o resultado fiscal seria, no mínimo, equivalente ou até mesmo com perdas de arrecadação para a Fazenda Nacional

Pois bem.

Em que pese a autoridade fiscal tenha sustentado a inexistência de fato da empresa-veículo ressaltando sua motivação estritamente fiscal na sua interposição no negócio, a recorrente demonstrou, a meu ver, que a empresa constituída teve utilidade comercial, entre eles: (i) proporcionar transparência na operação de aquisição, tendo facilitado “*o conhecimento integral da operação a todos os interessados (acionistas, credores, entres governamentais, etc)*”; (ii) permitiu a aquisição da empresa Comgas que por ser concessionária do ramo de gás natural estava sujeita a uma série de regramentos específicos quanto ao exercício de sua atividade principal e restrições a outras atividades, de modo que as diversas atividades do grupo Cosan (nos ramos de energia e estrutura), distintas da recorrente, não tivessem riscos de serem afetadas ou de terem de ser alienadas ou ainda de ter que incorrer em expressivas despesas para adequação

ou alteração de estrutura; (iii) evitou riscos de processos junto a CVM e/ou Judiciário por abuso de poder como controlador, com base no art. 117 da Lei das S/A, pela assunção, como sucessora legal de endividamento associado à sua própria aquisição, na medida em que a Cosan obteve os recursos para a aquisição por meio de lançamento de debêntures junto a terceiros; e (IV) evitou riscos ao próprio negócio ou à concessão, que poderiam advir da aquisição direta do controle, pois a transferência da atividade dependia da autorização prévia do Poder concedente (CSPE/ARSESP).

Além disso, a recorrente demonstrou que poderia ter estruturado o negócio de outras formas com a obtenção do mesmo resultado fiscal ou até superior, segundo alega.

De fato, as alternativas apresentadas pela recorrente para a aquisição direta da investida (Comgas) pela própria Cosan permitiriam igualmente a dedutibilidade do ágio pago denotando que a alegação de que o grupo Cosan tinha de fato outros aspectos negociais de seu interesse na estruturação do negócio.

Estas alegações foram bem examinadas no Acórdão nº 1402-006.971 pelo relator, d. conselheiro Ricardo Piza Di Giovanni, que analisou os efeitos da mesma operação em outros períodos, conforme excertos abaixo de seu voto, *verbis*:

[...]

Seria necessário aguardar a aprovação dos órgãos governamentais para concluir o negócio sob o ponto de vista de risco? Qual seria a maneira menos arriscada de assegurar o *time* adequado das negociações, de manter seguro o capital investido (originário de debentures).

Nesse ponto, para mim, a Provence foi essencial e necessária para a presente operação, evidenciando o propósito negocial para validar o ágio.

Ora, a Recorrente atua na distribuição de gás natural canalizado em São Paulo por meio de exploração de serviço público obtida em 1999.

Ocorre que a Lei 8.987/95 dispõe condições para a transferência da concessão, e a principal é no sentido de que a *transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão*, conforme abaixo transcrito:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Portanto, a concessão ou o controle da concessionária não podem ser transferidos sem a prévia autorização do Poder Concedente.

E ainda, o Decreto do Estado de São Paulo número 43.888/99 dispôs sobre a outorga de concessão para exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo à COMGÁS e expressou também diversas condições para a realização de transferência, dentre as mais importantes a aprovação de contrato pelo órgão cedente com a exigência de que a concessionária deveria ter distribuição de gás canalizado como função prioritária, apenas sendo possível exercer outra atividade se esta 1) não interferir na principal; 2) for objeto de autorização prévia do órgão competente; 3) tiver suas receitas contabilizadas separadamente e 4) contribuir para a redução das tarifas.

Ou seja, a Cosan não teria o objeto social adequado para comprar a Recorrente! Se a Cosan comprovasse diretamente a Recorrente os órgãos governamentais poderiam vetar a transação. Quais seriam os custos para adequar o objeto social da Cosan às exigências da concessão? Isso não inviabilizaria os demais negócios da Cosan e não prejudicaria os demais acionistas?

Nesse cenário, me parece mais justo reconhecer que a Provence foi sim necessária e que sem ela talvez o próprio negócio não se concretizasse porque não viabilizaria a redução expressiva de custos para atender as exigências da concessão, não daria transparência e não atrairia capital do mercado financeiro materializado nas debentures.

De fato, sem a aprovação da ARSESP poderia ocorrer o cancelamento do negócio ou poderia ocorrer a perda da concessão pela Recorrente, caso se insistisse no negócio, na medida em que a falta da autorização prévia do órgão competente implicaria na caducidade da concessão nos termos do artigo 27 da Lei 8.987/95.

Desta maneira, não há que se falar em desrespeito ao artigo 187 do Código Civil posto que não ocorreu o abuso de direito, vez que não excedido os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

Entendo que em decorrência do princípio da livre iniciativa, as empresas podem escolher a forma mais adequada para organizar seus negócios e obter os recursos financeiros necessários para atingir seus objetivos institucionais.

A Recorrente fez uso de um direito mediante causas reais que levaram a seguir a forma e o caminho que trilhou. A auto-organização não foi única e exclusivamente com a finalidade predominante de pagar menos imposto, não configurando no caso abuso de direito e nem fraude à lei.

Ora, é incontroverso nos autos que o Grupo Cosan demonstrou interesse em adquirir parcela da participação que o Grupo BG detinha na Comgás. Em razão disso, as partes citadas firmaram um contrato de confidencialidade, o qual permitiu o início das negociações. Isso demonstra que uma operação dessa magnitude demanda risco e análise de muitas variáveis.

Nas palavras da DRJ, *neste momento torna-se importante destacar dois fatos que se entende estarem devidamente comprovados nos autos deste processo:* • O

objetivo da Cosan, desde o início, era adquirir a participação na Comgás, de forma que pudesse exercer um controle direto sobre essa empresa. • A Provence foi utilizada como empresa veículo, tendo sido tirada da inatividade apenas para realizar a compra da participação na Comgás e depois ser por esta empresa incorporada.

Apesar de concordar com a decisão da DRJ no sentido de que o objetivo da Cosan, desde o início, era adquirir a participação na Comgás não concordo em caracterizar a empresa Provence como mera "empresa veículo" com a finalidade única de obtenção de ganhos tributários.

A Provence foi fundamental para viabilizar o negócio e não especificamente a economia tributária.

Ocorre que a DRJ e a fiscalização entendem que *o caminho mais óbvio e direto para que a Cosan pudesse atingir o seu objetivo era firmar um contrato de compra e venda com a Integral para adquirir a participação na Comgás.*

No entanto, nesse caso, entendo que, a despeito de qual empresa foi utilizada na aquisição do investimento, era absolutamente legítima a opção dos controladores remeterem os recursos a quaisquer de suas controladas para realização da aquisição de investimento. Raciocínio diverso implicaria dizer que os controladores iriam expor a COSAN a riscos da negociação. Note-se que a negociação ocorreu em etapas, com decisões importantes a serem tomadas em cada etapa.

De fato, dentre outros aspectos, se a Cosan incorporasse a Recorrente, além dos custos e desafios naturais e inerentes a uma incorporação realizada entre companhias de capital aberto, aquela teria que restringir sua atividade principal à concessão. E mais, se a Cosan tivesse adquirido a Recorrente diretamente e sido incorporada por ela, haveria os seguintes riscos: arcar com os custos e enfrentar um processo na CVM; sofrer as sanções da CVM; arcar com os custos e enfrentar um processo no judiciário; pagar indenização aos lesados; cancelamento do negócio; e perda da concessão pela Recorrente.

De fato, é aceitável a justificativa da Recorrente no sentido de que *"somente após afastados os riscos que se apresentavam na "aquisição direta" da Recorrente pela Cosan e concluída a aquisição do controle da Recorrente pela Provence, o Grupo Cosan identificou que não havia mais sentido em se incorrer nos gastos e eventuais perdas financeiras que a manutenção desta holding intermediária acarretaria. Deste modo, deliberou-se a incorporação da Provence pela Recorrente a valor contábil/*

Ademais, conforme argumentado pela Recorrente, *um dos motivos que levou o Grupo Cosan a contar com a participação da Provence na aquisição do seu controle foi possibilitar maior transparência para a operação. Isso porque, todos os valores relativos à aquisição ficaram registrados na Provence, uma empresa que não possuía outras atividades ou investimentos, motivo pelo qual não se*

confundiram com os valores referentes aos demais negócios da Cosan, o que facilitou o conhecimento integral da operação a todos os interessados (acionistas, credores, entes governamentais, etc), conforme respostas constantes nos Termos de Intimação Fiscal ("TIF") (fls. 820 a 831 dos autos) e 08 (fls. 842 a 855 dos autos) objeto do procedimento fiscal que culminou no lançamento objeto do processo administrativo nº 16561.720031/2016-31.

Continuou a ora Recorrente, de fato, enquanto (i) na empresa com objeto único todos os atos, registros, custos, demonstrativos etc. estarão necessariamente vinculados à operação que se quer analisar, (ii) na sociedade que possui diversos negócios os mesmos dados relativos a um negócio específico estarão dispersos/diluídos entre inúmeros outros atos, registros, custos, demonstrativos etc.

A Recorrente também esclareceu ao longo do processo que atua na distribuição de gás natural canalizado em uma grande região do Estado de São Paulo por meio da exploração de concessão de serviço público obtida em 1999 e que as concessões de serviço público são regulamentadas por fontes específicas no ordenamento jurídico, motivo pelo qual a resolução do presente caso dependeria, também, da análise de alguns dos dispositivos insertos nestas fontes. Vejamos esse fato nos termos da Recorrente, os quais foram reproduzidos na decisão da DRJ:

[...] Ao se examinar os dispositivos acima, constata-se que a Concessionária:

*a) **deve ter a distribuição de gás canalizado como função prioritária/atividade principal,** apenas sendo possível exercer outra atividade se esta*

(i) não interferir na principal,

(ii) for objeto de autorização prévia do órgão competente,

(iv) contribuir para a redução das tarifas (Cláusula 1a, 2a Subcláusula);

b) pode ser exigida a constituição de sociedades diferentes para realizar outras atividades (Cláusula 1a, 3a e 4a Subcláusulas);

c) deve requerer autorização prévia ao órgão competente antes de alterar o controle acionário da Impugnante (Cláusula 8a, 5a Subcláusula);

d) deve adotar o plano de contas estabelecido pelo órgão competente (Cláusula 8a, 9a

*e) **deve segregar as receitas, custos e despesas relativas à atividade principal para fiscalização pelo Poder Concedente, órgão competente** (CSPE/ARSESP) ou usuários (Cláusula 14a, 8a Subcláusula). Desta forma, verifica-se que a Impugnante (ora Recorrente), para figurar como Concessionária, está sujeita a uma série de regramentos específicos que determinam aspectos elementares de uma companhia como atividade principal, possibilidade de exploração de outras atividades, critérios/exigências contábeis etc.*

Já o Grupo Cosan, como visto anteriormente, tinha (e ainda tem) o objetivo de ser reconhecido como referência nos setores de energia e infraestrutura, razão pela qual, à época dos fatos, a Cosan possuía participações nas seguintes empresas: Raízen Energia (açúcar, etanol e cogeração), Raízen Combustíveis (distribuição de combustíveis), Cosan Lubrificantes (produção e distribuição de produtos automotivos e industriais), Radar (gestão de terras) e Rumo (logística).

Assim, constata-se que a Cosan participava em diversos negócios, os quais possuíam objetos e estruturas diferentes, bem como tinham como campo de atuação setores e atividades distintas.

Tendo em vista que, como se demonstrou nos parágrafos acima, não havia qualquer vedação à incorporação da Impugnante pela Cosan (ou vice versa), mas apenas a exigência de prévia autorização pelo Poder Concedente (artigo 27 da Lei n 8.987/95), era possível que a Cosan adquirisse a Impugnante diretamente, registrasse o ágio pago decorrente desta aquisição e, após a mencionada incorporação, amortizasse o ágio para fins fiscais.

Ocorre que, se a Cosan incorporasse a Impugnante, além dos custos e desafios naturais e inerentes a uma incorporação realizada entre companhias de capital aberto, aquela teria que restringir a sua atividade principal à concessão, manter somente as atividades que o Poder Concedente entendesse compatíveis com a referida concessão, bem como adotar o plano de contas e as demais exigências contábeis determinadas pelo Estado de São Paulo, dentre outras obrigações.

Entretanto, a implementação das alterações acima provavelmente resultaria, para a Cosan:

(i) em despesas expressivas, perdas de receitas e de representatividade nos setores de energia e infraestrutura, com a venda para "Terceiros" dos "Outros Negócios" (de valores extremamente relevantes), ou em despesas vultosas com a constituição/manutenção de de outra estrutura (Cosan "B") para a segregação destes "Outros Negócios", eis que as atividades destes últimos são bem diferentes daquela exercida na concessão, como mencionado no tópico anterior e evidenciado em detalhes neste item;

(ii) em despesas consideráveis para se adaptar à contabilidade ao exigido pelo Poder Concedente; e, ainda que mantida alguma outra atividade,

(iii) na sujeição a outras despesas para segregar as receitas, os custos e as despesas decorrentes da concessão, dos demais valores originados nas outras atividades, bem como, eventualmente na constituição de uma ou mais sociedades para abrigar a atividade mantida na sua estrutura. Resta claro que, não obstante o resultado fiscal fosse o mesmo se a Cosan adquirisse diretamente a Impugnante (como visto no tópico anterior), as despesas, perdas e riscos negociais/econômicos decorrentes de tal opção seriam imensos.

Destarte, reconheço como válidos os argumentos da Recorrente, e entendo que de fato a aquisição, na forma aventada pela Autoridade Fiscal, não era desejável

por razões operacionais e econômicas, que comprometeriam os negócios do Grupo Cosan e que está justificada a participação da Provence na presente operação, a qual permitiu que o Grupo Cosan adquirisse o controle de uma empresa relevante para o seu objetivo de se expandir nos setores de energia e infraestrutura, sem que fossem vendidos os demais negócios do Grupo Cosan e evitando-se despesas exorbitantes para a adaptação da Cosan às exigências feitas pelo Estado de São Paulo na concessão, além de diminuir riscos na negociação e dar transparência ao mercado.

Ademais, existiam outras ponderações a serem consideradas na negociação com relação aos Processos CVM e Judiciário, conforme argumentos da Recorrente reproduzidos na decisão da DRJ:

[...] se a Cosan tivesse adquirido a Impugnante diretamente e sido incorporada por ela estaria configurado, em tese, um abuso de poder, na medida em que a Impugnante teria assumido o endividamento feito pela Cosan (acionista controladora), para a aquisição do seu próprio controle, o que prejudicaria, por exemplo, os seus demais acionistas que arcariam com uma dívida que não os beneficiou. Neste cenário, as possíveis consequências para o Grupo Cosan seriam:

- (i) arcar com os custos e enfrentar um processo na CVM;***
- (ii) sofrer sanções da CVM;***
- (iii) arcar com os custos e enfrentar um processo no Judiciário; e***
- (iv) pagar indenização(ões) ao(s) lesado(s).***

É o que se passa a demonstrar [...] Com efeito, o ágio ora debatido poderia ser amortizado fiscalmente se a Cosan houvesse adquirido a Impugnante diretamente e fosse incorporada por esta última, uma vez que a configuração de abuso de poder pelo acionista controlador, nos termos do artigo 117 da Lei das S/A e do artigo 15 da Instrução CVM no 319/99, não resulta na nulidade do ato.

Todavia, tal alternativa importava em altos riscos de se iniciar um processo na CVM e/ou no Judiciário, sanções pela CVM e desembolsos significativos a título de custos e indenizações, riscos estes que foram afastados pela participação da Provence na operação examinada nestes autos.

Por conseguinte, resta evidenciada e comprovada, também pelo fator apresentado nos parágrafos anteriores, a existência de efetivo propósito negocial na participação da Provence na aquisição do controle da Impugnante pelo Grupo Cosan.

Note-se que se tratando de companhia aberta, sujeita às regulamentações da CVM, eventual descumprimento pode implicar, inclusive, a impossibilidade de exercício das atividades da empresa.

Logo, a operação em análise afastou a possibilidade dos acionistas da Cosan serem responsabilizados por dívidas que não contraíram, pois evitou que a

Recorrente assumisse o endividamento feito pela Cosan (acionista controladora), o que prejudicaria, os seus demais acionistas que arcariam com uma dívida que não os beneficiou. Neste cenário, o Grupo Cosan teria de (i) arcar com os custos e enfrentar um processo e sanções na CVM; custos com processo no Judiciário; e consequentes indenizações.

Por outro lado, o negócio examinado nestes autos e até mesmo a concessão da Recorrente seriam colocados em risco com a aquisição direta do controle da Recorrente pela Cosan, não obstante o efeito fiscal.

De fato, conforme argumentado pela Recorrente, de acordo com o disposto no artigo 27 da Lei número 8.987/95 e na Subcláusula 5⁵ da Cláusula 8⁵ do Contrato de Concessão, a transferência do controle da Concessionária (Recorrente) só poderia ser realizada mediante autorização prévia do Poder Concedente/órgão competente (CSPE/ARSESP). Esse é um fator muito importante. A negociação não poderia ocorrer sem a certeza da transferência da concessão.

Restou incontroverso nos autos que a autorização prévia consistiria no exame pelo órgão competente (CSPE/ARSESP) da estrutura societária proposta pelas empresas envolvidas na alteração do controle da concessionária e que, portanto, ficou demonstrado o risco real da operação não ser concluída e, mais, da necessidade das negociações serem realizadas em etapas, etapas estas que a empresa Provence desempenhou de maneira estratégica para o negócio.

Desta forma, de fato, havia o risco de a ARSESP não aprovar o negócio caso entendesse que a estrutura societária apresentada pudesse ter algum tipo de implicação negativa.

[...]

Com efeito, entendo que a estrutura de negócio adotada no presente caso se insere na esfera de liberdade que o contribuinte goza para a organização de seus negócios e atividades, sem que tenha causado qualquer prejuízo ao Fisco nesta estruturação.

Em situações como esta tenho me posicionado no sentido de validar a amortização do ágio pago, salvo a existência de simulação, que não vislumbro no presente caso, ainda que, de fato, a empresa-veículo tenha tido uma curta existência após concluído o negócio. Mas aqui entendo que a sociedade exerceu um propósito específico na aquisição, diante das circunstâncias e condições do negócio já analisadas.

Nesse sentido já me posicionei neste colegiado quando foi proferido o Acórdão nº 9101-006.486, na sessão de 07 de março de 2023, conforme se extrai da declaração de voto apresentada naquele julgado, *verbis*:

[...]

Entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação

reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo ou a maior vantagem tributária.

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico ou com vícios de simulação.

No presente caso, entendo que as operações examinadas se amoldam à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe em cada uma delas um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, as adquirentes foram absorvidas por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo colegiado recorrido, o meu entendimento é o de que a utilização de empresa holding para a aquisição dos investimentos encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tinha para realizar os negócios concretizados.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

Ora, ao lado dos motivos regulatórios e negociais apresentados pela recorrente quanto a utilização das empresas holdings nos negócios, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

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 subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

I - será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

II - poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, as pessoas jurídicas que detinham os investimentos eram, indubitavelmente, as empresas holdings que foram efetivamente as responsáveis pela aquisição das participações societárias no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresas situadas no exterior mediante inversão no capital social das adquirentes.

Portanto, apesar de os reais detentores do investimento no Brasil serem, ao fim e ao cabo, as empresas do grupo situadas no exterior, as adquirentes são as empresas holding brasileiras criadas para investir na aquisição das companhias.

Ao contrário do que sustenta a fiscalização e o i. relator do voto vencedor do acórdão recorrido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que

detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), *verbis*:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976, em especial os seguintes:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN .

A referência, pela Lei das S/A, às companhias e sociedades que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como

entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8ª da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo, a meu ver, espaço para interpretá-los de forma diversa.

Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

Assim, inexistindo no caso concreto qualquer indício de simulação nas operações realizadas e considerando o contexto negocial das operações, entendo plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago nas operações.

[...]

Oportuno acrescentar que apesar das mudanças introduzidas no instituto do reconhecimento e amortização do ágio, por meio da Lei nº 12.973/2014, em que algumas situações ensejadoras de litígio entre o Fisco e os contribuintes foram melhor aclaradas na lei, como a exigência de laudo de avaliação e respectivo prazo para sua elaboração e a vedação expressa à amortização de ágio entre partes relacionadas, a legislação se manteve incólume quanto aos requisitos que permitiriam o reconhecimento e amortização do ágio nas demais situações.

Note-se que seria razoável que a lei estabelecesse que o ágio somente fosse dedutível por quem efetivamente suportasse o custo do investimento (real adquirente) impedindo a interposição de outra empresa na aquisição, como pretende o Fisco. Mas é certo que nem a Lei nº 9.532/1997, nem a Lei nº 12.972/2014, que alterou por último o regramento, assim dispôs.

Desta feita, a figura do real adquirente sustentada pela fiscalização no lançamento e refletida em parte da jurisprudência desse Conselho somente seria sustentável se descaracterizada a real existência da empresa-veículo que ao fim e ao cabo realizou o investimento e foi, posteriormente, incorporada pela empresa adquirida.

A jurisprudência judicial sobre esta matéria começa a ganhar corpo junto aos tribunais superiores, sendo digno de registro o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp nº 2.026.473-SC, que analisa a possibilidade de utilização de empresa-veículo, por uma empresa estrangeira, na estruturação do negócio que ensejou o reconhecimento do ágio, no qual o tribunal destaca que a utilização de empresa-veículo, por si só, não o invalida, competindo ao Fisco demonstrar a artificialidade na sua interposição na relação jurídica, *verbis*:

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

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de “inedutibilidade” não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregado a prestação jurisdicional nos limites da lide.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Transcrevo os excertos do voto³⁷ em que o Ministro Relator analisa a questão da utilização da empresa-veículo cujos fundamentos, de certo modo, estão alinhados ao posicionamento que venho adotando neste tribunal administrativo, *verbis*:

[...]

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

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

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

[...]

Com base na leitura dos artigos destacados, verifica-se que a lei admitiu a dedução fiscal do ágio (da base de cálculo do lucro real) na hipótese de absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detenha participação societária. Em especial, a norma (em seu inciso III) estabeleceu a possibilidade de o ágio gerado na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, § 2º, "b", do Decreto-Lei n. 1.598/1977), ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de, no máximo, um sessenta avos para cada mês do período de apuração.

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

[...]

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

Justifica, aliás, que a interpretação histórica da norma (extraída da sua exposição de motivos) deixa evidente que a disposição legal trouxe verdadeira blindagem ao

³⁷ O acórdão do STJ também analisa a validade do chamado ágio interno, em face dessa situação estar presente naquela operação. Em linhas gerais, não tenho concordância com as premissas adotadas no voto, mesmo abstraindo eventuais questões peculiares àquele processo, mas deixo de comentá-las por não serem aplicáveis ao presente caso

aproveitamento do ágio fictício; a interpretação teleológica evidencia que a fruição de um ganho tributário pressupõe que seja demonstrada a existência de propósito negocial/substância econômica, cabendo ao Fisco a desconsideração do abuso das formas em detrimento da constatação dos fatos tributáveis (arts. 118, I, 142 e 149, VII, do CTN).

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

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

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

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

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

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

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

[...]

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a "função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada" (MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do

ágio para fins fiscais: análise do precedente da Columbian Chemicals Brasil LTDA [Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

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

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

A "empresa-veículo" tem duração efêmera;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento.
(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)

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

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

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?

(DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

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

[...]

Com efeito, a recorrente demonstrou que o grupo Cosan poderia ter efetuado a aquisição direta das empresas investidas pela própria Cosan e o resultado fiscal seria o mesmo, o que denota, como já observado, a verossimilhança da alegação de que a constituição da nova empresa teve um efetivo propósito comercial na estrutura do grupo empresarial, para além da mera dedutibilidade fiscal do ágio pago, e se situa dentro da esfera de liberdade do contribuinte para organizar seus negócios.

Não obstante, a autoridade fiscal também questionou a validade do laudo de avaliação apresentado pela contribuinte para fundamentar a rentabilidade futura, pois o mesmo não teria atendido aos requisitos legais.

Ocorre que, tanto a DRJ ao rejeitar a impugnação, quanto o colegiado *a quo* ao negar provimento ao recurso voluntário da contribuinte, pelos fundamentos concernentes à ausência de propósito comercial da empresa-veículo (Provence) e que a real adquirente seria a controladora Cosan, o consideraram suficientes para justificar a decisão proferida, sem adentrar a esta acusação específica (TVF, pag. 8 a 11) e à defesa da contribuinte (subitem III.4 do Recurso Voluntário).

Daí o encaminhamento do d. relator no sentido de dar provimento parcial ao recurso especial da contribuinte nesta matéria, o que se revela absolutamente correto.

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

Com relação à exigência da CSLL, entendo que, cancelada a exigência do IRPJ deve também ser cancelada a da contribuição. Todavia, quanto à alegação autônoma de que inexistia previsão legal para a adição da amortização do ágio à base de cálculo da CSLL, divirjo do relator nos termos que vem sendo decidido pela maioria desta turma sobre a matéria, conforme

examinado no Acórdão nº 9101-007.244, de 04 de dezembro de 2024, no voto vencedor da d. conselheira Edeli Pereira Bessa, sintetizado na seguinte ementa:

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO ÂMBITO DA APURAÇÃO DA CSLL.

Inexiste qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que reduziu indevidamente as bases tributáveis da Contribuinte.

Pelo exposto, acompanho o voto do relator pelas conclusões no sentido de dar provimento parcial ao recurso especial da contribuinte quanto a dedutibilidade do ágio e à aplicação da multa qualificada, com retorno à DRJ para exame da questão relativa à validade do Laudo de Avaliação, divergindo quanto à matéria relativa à inexistência de previsão legal para a adição da amortização do ágio à base de cálculo da CSLL.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado