



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720048/2019-31
ACÓRDÃO	1201-007.182 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	24 de junho de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	TNT MERCÚRIO CARGAS E ENCOMENDAS EXPRESSAS LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS.

Falece a este Colegiado se manifestar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais, *ex vi* súmula nº 28.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO 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 (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Não encontra respaldo na legislação a tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição. Não havendo norma dispendo de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço.

A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de “planejamento abusivo”, baseada em ausência “razões não tributárias” para a escolha de uma estrutura em lugar de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EFEITOS.

As decisões administrativas, mesmo as proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e as judiciais, excetuando-se as proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, bem como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquele objeto da decisão.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Ailton Neves da Silva.

Sala de Sessões, em 24 de junho de 2025.

Assinado Digitalmente

Raimundo Pires de Santana Filho – Relator

Assinado Digitalmente

Jose Eduardo Genero Serra – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes, Ailton Neves da Silva (substituto integral), Isabelle Resende Alves Rocha, Lucas Issa Halah, Jose Eduardo Genero Serra (Presidente).

RELATÓRIO**Da Autuação e da Impugnação**

Trata o presente de Recurso Voluntário, às fls. 1435/1475, apresentado em face do acórdão nº 06-68.165, exarado pela 2ª Turma da DRJ/CTA, em 21 de novembro de 2019, às fls. 1410/1427, que julgou improcedente a Impugnação apresentada pela TNT MERCÚRIO CARGAS E ENCOMENDAS EXPRESSAS LTDA (doravante denominada TNT MERCÚRIO), às fls. 1316/1350, contra Autos de Infração lavrados pela Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Maiores Contribuintes – Demac/SÃO PAULO, às fls. 1239/1264, sem crédito tributário constituído – os valores apurados de IRPJ e CSLL foram compensados, respectivamente, com o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL apurados nos períodos fiscalizados – contudo toda análise baseou-se no regime tributário do Lucro Real Anual, referentes aos anos-calendário de 2014 a 2016.

Por bem descrever os fatos que desembocaram no presente processo, reproduzo os termos do relatório da decisão da DRJ de origem, complementando-o ao final:

Trata-se de impugnação apresentada a auto de infração de glosa de amortização de ágio na base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls. 1265/1301), a Fiscalização foi realizada para os anos-calendário 2014, 2015 e 2016, tendo por objeto verificar a dedução de despesas relativas à amortização de ágio, que já havia gerado glosa nos anos anteriores. Esse ágio teria origem na incorporação de empresa controladora, realizada no âmbito de planejamento tributário em que negócios simples foram realizados de forma complexa para justificar ganhos tributários. Esse negócio consistiria na aquisição, pela empresa TNT Expresses Worldwide Spains SL (TNT Spain), sediada na Espanha, das ações da empresa Expresso Mercúrio S/A (Mercúrio).

Essa operação acabou por ser realizada através de intermediários de que os interessados participavam e o pagamento deu-se através de aumento de capital realizado pela TNT Spain e o restante por empréstimo obtido junto a empresa do mesmo grupo econômico.

São resumidas a seguir as principais etapas das operações realizadas:

Data	Evento
07/12/2006	As quotas da holding de instituições não-financeiras Elven Participações Ltda. (Elven) foram transferidas para as empresas TNT Spain (99%) e TNT Brasil (1%) e seu nome foi alterado para TNT Brasil Participações Two Ltda. (TNT Two).
08/01/2007	A TNT Spain integraliza capital na TNT Two, aumentando-o de R\$ 100,00 para R\$ 390.000.100,00.
08/01/2007	Assinatura do contrato de compra de ações da Mercúrio pela TNT Two, para o que foram utilizados os recursos enviados pela TNT Spain, acrescido de empréstimo tomado de outra empresa do mesmo grupo econômico. O preço de venda foi de R\$ 434.686.495,00, representando 100% do capital da Mercúrio.
31/01/2007	A TNT Spain utiliza todas as suas cotas na TNT Two para promover o aumento do capital na TNT One.
30/03/2007	A TNT Two autoriza sua própria incorporação pela Mercúrio, de forma que esta passou a ser controlada direta da TNT One. O ágio pago na aquisição da Mercúrio foi repassado para ela, assim como o empréstimo que foi tomado para o pagamento tornou-se seu passivo.
28/02/2007	Segundo o Laudo de Avaliação a Valores Contábeis, do Acervo Líquido da TNT Two, o principal valor a ser incorporado era o ágio decorrente do investimento na Mercúrio de R\$ 367.455.139,26 e o passivo do empréstimo utilizado para a aquisição de suas cotas no valor de R\$ 40.019.682,59.
31/10/2008	É alterado o nome da Mercúrio para TNT Mercúrio Cargas e Encomendas Expressas S/A (TNT Mercúrio), atual denominação da fiscalizada.
01/2008	A fiscalizada iniciou a dedução de ágio surgido por ocasião de sua própria aquisição.

(...)

A Fiscalização informa que o ágio foi baseado na expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida, o que teve por base Relatório de Avaliação

Econômico-Financeira da Mercúrio com data de 18/01/2007 (posterior, portanto, à operação de compra e venda).

Segundo o entendimento da autoridade fiscal, a real adquirente foi a TNT Spain, de forma que o ágio gerado é um ativo desta empresa. Seria também desta empresa os recursos empregados na aquisição, cuja rápida passagem pela TNT Two serviu apenas para dar uma aparência formal ao negócio para viabilizar o efeito tributário pretendido. A operação de incorporação da controladora formal TNT Two, operação denominada “incorporação às avessas”, teria por função dar aparência de extinção ao investimento. Logo, esta última empresa teria sido inserida no grupo apenas para ser utilizada como empresa veículo e, assim, propiciar a redução da carga tributária.

A Fiscalização relata ter efetuado várias intimações para que fossem apresentadas justificativas para as operações realizadas, entre elas, a razão da incorporação da TNT Two pela Mercúrio foi justificada no Protocolo de Incorporação como meio de obtenção de “maior eficiência administrativa e financeira para ambas as sociedades”. A despeito disso, quando intimada, afirmou não encontrar documentos que comprovassem esse ganho de eficiência.

A autoridade fiscal, faz, então, a seguinte avaliação das razões que levaram ao modelo de operações adotado:

83. Bem, não se pode deixar de destacar que a economia resultante da incorporação da TNT TWO não foi muito considerável, visto que não tinha custos, as despesas eram aquelas decorrentes da operação com a MERCURIO, assim como as receitas. Ainda de acordo com as informações da DIPJ 2007, ano-calendário 2007, era uma empresa sem empregados.

84. Tais alegações demonstram mais ainda a artificialidade das operações. Todos esses eventuais custos administrativos com a empresa que precisou ser incorporada teriam sido evitados se a operação real tivesse ocorrido, ou seja, a compra da MERCURIO diretamente pela TNT SPAIN. Esse é o real negócio que foi realizado. No caso de haver o interesse em concentrar todos os negócios na holding brasileira, a TNT EXPRESS BRASIL HOLDING compraria diretamente a MERCURIO.

85. O principal benefício gerado pela incorporação reversa da TNT TWO pela MERCURIO é a transferência do passivo relacionado com a aquisição da MERCURIO para a própria MERCURIO.

86. O ágio é um ativo vinculado ao investimento e quem fez o investimento foi a TNT SPAIN. Neste caso, é a TNT SPAIN, empresa sediada no exterior, o local de decisão da operação e a provedora dos recursos necessários para a sua execução. É a ela que pertencem o investimento e o ágio decorrente. E por estar no exterior a fonte dos recursos, por conseguinte, o ágio não pode ser amortizado aqui no Brasil.

87. E ainda que se admita que o a TNT SPAIN transferisse o controle da MERCURIO para a holding ou qualquer outra empresa do grupo no Brasil após a aquisição, também não haveria previsão legal para se amortizar o ágio. O Grupo TNT nunca pretendeu incorporar a MERCURIO. E sem a ocorrência dessa operação de incorporação não há como amortizar ágio, visto que a amortização prevista no art. 386 do RIR/99 requer a extinção do investimento, o que de fato não ocorreu no presente caso.

88. Não cabe aqui avaliar as razões empresariais apresentadas, porém nenhuma das razões exige a criação de uma terceira empresa sem propósito outro que não o de promover a adequação a lei que permite a redução do IRPJ e CSLL apurados através da amortização do ágio, pois todas as alegações apresentadas poderiam ser atendidas perfeitamente se a empresa MERCURIO fosse adquirida por qualquer empresa do grupo já existente no Brasil. Aliás, é essa a situação da empresa MERCURIO hoje: controlada direta da TNT ONE e inserida no Grupo TNT, porém, amortizando indevidamente despesas de ágio surgido por ocasião de sua própria aquisição e reduzindo, conseqüentemente, o total de tributos a pagar.

89. O problema é que ao lado desse interesse empresarial de manter as empresas independentes, houve também o interesse em se beneficiar tributariamente, melhorando as condições financeiras da aquisição feita. Para isso foi criada a TNT TWO, para forjar um pretenso enquadramento nas condições do art. 386 do RIR/99. Assim, o Grupo TNT pretendeu atender o seu interesse empresarial e com a vantagem da dedução da despesa de amortização. Se a aquisição da empresa MERCURIO tivesse sido efetuada pela TNT SPAIN ou pela TNT EXPRESS BRASIL HOLDING, ou outra empresa do Grupo, e nela permanecesse, somente seria atendido um dos interesses, o empresarial de ficar com a empresa holding e a MERCURIO tal como estão, porém, a redução tributária não seria alcançada.

90. Toda a reestruturação societária promovida teve o objetivo de gerar despesas de amortização de ágio. Para isso, foram realizadas diversas operações que, analisadas isoladamente, não violavam nenhuma norma legal. Porém, o resultado da reorganização proporcionou ao sujeito passivo os melhores efeitos tributários que não seriam possíveis legalmente.

91. A TNT TWO foi inserida no Grupo TNT com o objetivo certo de forçar uma situação formal para transferência do ágio à MERCURIO – empresa objeto da negociação. Assim, o real adquirente – TNT SPAIN obteria vantagens fiscais pela dedução da amortização do ágio, reduzindo significativamente, então, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

92. Se não houvesse toda a reorganização societária, a TNT SPAIN seria a controladora da MERCURIO, mas o ágio ficaria registrado na sua contabilidade, sem possibilidade de ser aproveitado na configuração atual das empresas. Não seria possível a exclusão da amortização de ágio porque não houve a confusão patrimonial que poderia ter ocorrido entre a real investidora (TNT SPAIN) e a

empresa adquirida Contribuinte, não havendo, portanto, adequação aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

93. A Contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial ou societário na incorporação realizada à luz do art. 966 do Código Civil, ficando caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à incorporadora – MERCURIO (momento da incorporação reversa), apenas com o fim almejado de redução do valor tributável pela amortização do ágio surgido na aquisição da MERCURIO pelo Grupo TNT.

94. A TNT TWO, em seu curto período ativo, não incorreu em custos, despesas ou receitas, apresentando apenas a movimentação decorrente do pretense investimento na MERCURIO e seu ágio e o empréstimo para aquisição do investimento. Ou seja, a sociedade produziu apenas documentos (atas, estatutos, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos de outras empresas do Grupo TNT. A situação do planejamento tributário em questão nesta ação fiscal, a aparência de legalidade e a publicidade dessa aparente legalidade são aspectos imprescindíveis de toda a operação.

95. Como buscar guarida e enquadramento na legislação que lhe permitiria obter a redução fiscal? Com certeza não seria apenas excluindo um valor qualquer que lhe aprouvesse 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.

96. Assim, através de um processo de reorganização societária, com várias 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.

97. Ainda que a transferência tenha se revestido das formalidades legais, ela é inoponível ao Fisco, porquanto abusiva e contrária à ordem jurídica, cabendo à autoridade fiscal, do ponto de vista tributário, desqualificar o ato praticado e apurar os efeitos tributários daí decorrentes.

Aduz, ainda, a Fiscalização, que em reorganizações societárias é necessário avaliar o seu conjunto e não apenas etapas isoladas. Em relação à pessoa jurídica, deve-se verificar não apenas sua existência formal, mas também se há um empreendimento que justifique sua existência, pois a constituição de uma empresa deve ser a vestimenta para um determinado empreendimento econômico ou profissional. Nesse sentido, a finalidade é a realização de negócios que caracterizem o exercício de atividade econômica, caso contrário, não haveria propósito negocial.

Nesse contexto, a TNT Two não teria exercido qualquer atividade econômica, tendo servido apenas para a transferência do ágio e do empréstimo para a

fiscalizada, em prática que corresponde ao que se chama de “empresas veículo ou de passagem” ou ainda a “sociedade efêmera”. Esse comportamento seria ofensivo aos arts. 247 e 248 do Regulamento do Imposto de Renda 1999, assim como ao art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995.

Por essas razões, a Fiscalização não acatou a redução do lucro líquido pelo ágio, glosando a amortização realizada no IRPJ e na CSLL, e formalizou representação fiscal para fins penais.

A ciência desse auto de infração ocorreu em 10/09/2019 (fls. 1306) e a impugnação foi apresentada em 10/10/2019 (fls. 1408).

Em sua defesa, a autuada alega, em síntese, que:

- 1. O auto de infração é nulo, já que não conteria a indicação dos dispositivos legais infringidos.*
- 2. A operação em análise já foi objeto de decisão do CARF, favorável ao sujeito passivo, no processo administrativo nº 16561.720071/2017-63.*
- 3. A operação atende aos requisitos legais para fins de fruição do direito à amortização e nenhum outro requisito pode ser exigido.*
- 4. A Fiscalização não questiona que o ágio foi legalmente gerado, que os ganhos obtidos pelos antigos acionistas da Expresso Mercúrio foram tributados, ou que os atos de aquisição dessa empresa tenham observado a legislação civil, comercial e societária. Assim, os argumentos da Fiscalização são de ordem econômica e extralegal.*
- 5. Não há suporte na legislação para os argumentos utilizados pela Fiscalização de que a TNT Two seria uma empresa veículo, de que na incorporação desta sociedade pela Expresso Mercúrio não haveria extinção do investimento e de que a estrutura adotada não preencheria os requisitos legais.*
- 6. Não é possível a desconsideração dos atos relativos à TNT Two caso não sejam apresentadas provas de simulação.*
- 7. Apresenta uma lista de operações realizadas pela TNT Two, para afirmar que ela não seria uma empresa veículo.*
- 8. Não há base legal para a afirmação da Fiscalização de que a incorporação deveria ser invertida, TNT Two incorporando Expresso Mercúrio.*
- 9. Havia propósito negocial na operação realizada.*
- 10. É descabida a lavratura de representação fiscal para fins penais.*

Com base nessas razões, pede que seja reconhecida a insubsistência das acusações fiscais e a extinção da representação fiscal para fins penais.

Da Decisão Recorrida

Após apreciar os Autos de Infração, às fls. 1239/1264, o Termo de Verificação Fiscal - TVF, às fls. 1265/1301, e a Impugnação apresentada pela Contribuinte, às fls. 1316/1350, a 2ª Turma da DRJ/CTA exarou o Acórdão nº 06-68.165, em 21/11/2019, às fls. 1410/1427, que, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar arguida e julgou improcedente a impugnação, mantendo a redução do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL. O acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2014, 2015, 2016

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Comprovado nos autos que o procedimento fiscal propiciou ao Contribuinte informações e esclarecimentos acerca da infração cometida, com indicação dos dispositivos legais aplicados e dos elementos de comprovação do ilícito, não há que se argüir cerceamento de defesa.

REPRESENTAÇÃO FISCAL. INCOMPETÊNCIA. ENUNCIADO Nº 28 DA SÚMULA CARF (VINCULANTE).

O contencioso administrativo não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2014, 2015, 2016

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PAGAMENTO EFETUADO POR CONTROLADORA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade excepcional de deduzi-la não prevalece quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da conseqüente confusão patrimonial entre elas, não é admitida apenas como uma exigência formal, mas é um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento dos aspectos temporal, pessoal e material para a transferência de ágio e autorização

de sua amortização com reflexos na apuração do IRPJ e da CSLL, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Exercício: 2014, 2015, 2016

CSLL. DECORRÊNCIA.

Em se tratando de infrações que dependem dos mesmos elementos de prova, aplicam-se, ao Auto de Infração da CSLL, as razões de decidir pertinentes ao IRPJ.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

A TNT MERCÚRIO tomou ciência da sobredita decisão em **21/02/2020**, através de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE perante a RFB, às fls. 1431, e irresignada apresentou Recurso Voluntário, em **24/03/2020**, às fls. 1435/1475, e, além da tempestividade, citando doutrina e jurisprudências administrativas e judiciais, apresentou os seguintes pedidos e causa de pedir sintetizados:

a) Das Preliminares:

- i. Nulidade da decisão recorrida por alteração dos critérios jurídicos do lançamento, visto que tentou (...) *fundamentar a autuação afirmando que a Fiscalização teria se deparado com a suposta prática de atos viciados por “simulação, dolo ou outra espécie de fraude fiscal”;*
- ii. Nulidade do auto de infração por deficiência na fundamentação, posto que faltou indicar os dispositivos legais supostamente infringidos ou que dariam suporte à exigência fiscal.

b) Do Mérito:

- i. Da legitimidade das operações realizadas e do direito da recorrente à amortização do ágio, em razão de ter sido demonstrada a perfeita observância dos requisitos legais para a amortização do ágio, notadamente os dispostos no art. 20, §§ 1º a 3º, do Decreto-Lei n. 1.598/77 (refletido no art. 385 do Decreto n. 3.000/99 – “RIR/99”), e arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 (consolidados no art. 386 do RIR/99). Ademais, (...) *o preço pago pela TNT TWO aos antigos acionistas da Expresso Mercúrio gerou ganhos de capital tributáveis (sujeitos ao imposto de renda) para tais acionistas;*

- ii. No intuito de justificar a glosa das despesas com a amortização do ágio no caso concreto, o Aresto de piso baseia-se em argumentos de natureza econômica e extralegal (aparentemente baseados na teoria da “substância sobre a forma”) que não se mostram em consonância com o princípio da legalidade e, por conseguinte, não devem ser considerados válidos para fundamentar a decisão;
- iii. Da Improcedência das acusações fiscais acolhidas pela decisão recorrida – por ser insustentável a desconsideração da personalidade jurídica da TNT Brasil Participações Two Ltda. (“TNT TWO”) pela Fiscalização, sob a alegação de que se trataria de uma mera “**empresa veículo**”, e a TNT SPAIN deveria ser reconhecida como a “**real adquirente**” da Expresso Mercúrio;
- iv. Da Improcedência das acusações fiscais acolhidas pela decisão recorrida – uma vez que improcede o argumento fiscal de que a estrutura adotada para aquisição das ações da Expresso Mercúrio e posterior incorporação, por esta sociedade, da TNT TWO, nos termos do art. 8º, da Lei nº 9.532/97, não preencheria os requisitos legais para permitir a dedutibilidade de despesas com a amortização do ágio, dentre os quais o suposto requisito legal relativo à “falta de concentração de empresas ou extinção/liquidação de investimento”;
- v. Da Improcedência das acusações fiscais acolhidas pela decisão recorrida – dado que improcede a alegação de “falta de propósito negocial”, na medida em que restou comprovado que a aquisição da Expresso Mercúrio estava relacionada com a expansão da oferta de serviços de logística pelo Grupo TNT no Brasil, mormente no ramo de transporte rodoviário, uma vez que o grupo já atuava no segmento de courier (transporte aéreo) no país;
- vi. Esse CARF já reconheceu, por maioria de votos, a legitimidade da operação em questão, afastando a glosa das despesas com amortização do ágio em autuação envolvendo os anos-calendários anteriores (2012 e 2013), nos autos do Processo Administrativo Fiscal nº 16561-720071/2017-63; e
- vii. Do descabimento da lavratura de representação fiscal para fins penais.

Das Contrarrazões da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou as contrarrazões de fls. 1491/1514. Por meio do documento, a Interessada apresenta argumentos que visam confirmar a regularidade da autuação fiscal e da decisão recorrida, bem como pleiteia, ao final, que o recurso voluntário seja improvido. Em apertada síntese, seguem as argumentações da PGFN:

- a) Das Preliminares:

- i. Segundo a PGFN, não há razão para a nulidade dos autos de infração, visto que não se vislumbra nos autos o descumprimento de nenhum dos requisitos fixados no citado art. 59, do Decreto nº 70.235/72. Isso porque não houve atuação de pessoa incompetente e tampouco qualquer preterição no direito de defesa da Contribuinte no presente processo administrativo. Cita jurisprudência deste Tribunal em prol de corroborar com sua dedução;
 - ii. Deve ser rejeitado o pedido de nulidade suscitado pela Recorrente, pois não procede a alegação da Contribuinte no sentido de que teria ocorrido modificação de critério jurídico pela DRJ; e
 - iii. A preliminar suscitada pela Contribuinte, de que a Autoridade Fiscal não teria indicado o fundamento legal do lançamento, o que tornaria o Auto de Infração nulo, mostra-se completamente improcedente, devendo ser rechaçada.
- b) Do Mérito:
- i. Da impossibilidade de dedução fiscal do “ÁGIO MERCÚRIO”, por descumprimento das condições e requisitos impostos, notadamente pelos arts. 385 e 386 do RIR/99 – os quais repetem os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997;
 - ii. Da ausência de confusão patrimonial entre os reais adquirentes e o investimento adquirido: caracterização dos “reais adquirentes”; e
 - iii. Dos questionamentos sobre a representação fiscal para fins penas: ausência de competência do CARF.

É o Relatório

VOTO

Conselheiro **Raimundo Pires de Santana Filho**, Relator

DA ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, cumpre esclarecer que os acórdãos das instâncias administrativas, bem como decisões judiciais e posicionamentos doutrinários, embora de inestimável valor como fonte de consulta, servem apenas como forma de ilustrar e reforçar a argumentação dos litigantes, dado que não têm o condão de alterar determinações expressas na legislação.

Ademais, no que diz respeito às decisões judiciais, além de não se constituírem em normas complementares do direito tributário nos termos do art. 100, do CTN¹, devem ser respeitadas as limitações impostas pelo Decreto nº 2.346/1997, e as determinações contidas no art. 19 da Lei nº 10.522, de 2002. Quanto às citações doutrinárias que a defendente traz lume em seu petítório, em diversos tópicos da peça recursal, ressalva-se que a doutrina não integra a legislação tributária, conforme define o art. 96, do Código Tributário Nacional – CTN².

Também as decisões proferidas pelos Conselhos de Contribuintes, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e mesmo pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, ainda que reiteradas sobre determinada questão, não se fazem oponíveis à autoridade administrativa de Julgamento, ressalvada a hipótese de edição de súmula administrativa, na forma do art. 26 A, do Decreto nº 70.235/1972, incluído pela Lei 11.196/2005³. Veja-se também a

¹ Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

- I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
- II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;
- III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;
- IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

² Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

³ Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

conclusão do Parecer Normativo Cosit nº 23, publicado no DOU de 9 de setembro de 2013, que se presta a bem elucidar o tema:

Diante do exposto, conclui-se que acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo.

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

A TNT MERCÚRIO requereu a extinção da Representação Fiscal Para Fins Penais formalizada, nos termos do *caput*, do art. 83, da Lei nº 9.430/96⁴.

Inicialmente, é mister registrar que há um rito especial para essas representações, disciplinado, à época dos fatos geradores desta autuação, pela Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010 – revogada pela Portaria RFB nº 1.750, de 12/11/2018.

Entretanto, no âmbito deste Conselho, como bem destacaram a decisão de primeira instância e as contrarrazões da PGFN, cabe menção à Súmula CARF nº 28: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais”, de observação obrigatória pelos Conselheiros deste Tribunal em cumprimento ao disposto no art. 123, do Anexo do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023⁵.

DAS PRELIMINARES

Da Nulidade dos Atos Administrativos

⁴ Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

⁵ Art. 123. A jurisprudência assentada pelo CARF será compendiada em Súmula de Jurisprudência do CARF. (...)

§ 4º As Súmula de Jurisprudência do CARF deverão ser observadas nas decisões dos órgãos julgadores referidos nos incisos I e II do caput do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972.

a) Da Introdução

Em sede preliminar, a Recorrente suscitou nulidade dos autos de infração e da decisão recorrida por razões díspares. Todavia, antes de analisá-las especificamente, é essencial tecer comentários a respeito do tema nulidade no âmbito do Processo Administrativo Fiscal.

Nessa senda, inicialmente, impede esclarecer que, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa esculpidos no inciso LV, art. 5º, da Constituição Federal⁶, tem-se como dispositivo legal aplicável no âmbito da Administração Tributária o Decreto nº 70.235, de 1972, que versa a respeito do processo administrativo fiscal e do julgamento do contencioso (PAF), por conseguinte, no tema, não demanda aplicação subsidiária de outros dispositivos da lei geral do processo administrativo federal (Lei nº 9.784/1999).

A par disso, verifica-se que, consoante o art. 14, do Decreto nº 70.235, de 1972⁷, a fase processual da relação fisco-Contribuinte inicia-se com a impugnação tempestiva da exigência e se caracteriza pelo conflito de interesses submetido à Administração Tributária.

Nos termos do multicitado normativo, especificamente quando disciplina as NULIDADES⁸, somente se pode cogitar de declaração de nulidade do ato administrativo de lançamento quando o ato tiver sido lavrado por agente incompetente (art. 59, inciso I) ou, quando a preterição do direito de defesa se der em uma fase posterior à lavratura do ato pela autoridade fazendária (art. 59, inciso II). Veja-se que as demais irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade, sendo sanadas quando resultarem em prejuízo ao sujeito passivo, salvo se por este ocasionadas, ou se não influírem na solução do litígio, conforme o art. 60, do assinalado dispositivo.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁷ Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

⁸ Das Nulidades

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Ademais, merece citação a Súmula CARF nº 162⁹, estabelecida nos termos do art. 123, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023, através da qual se denota que com só a partir do protocolo da impugnação se instaura o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE com trânsito em julgado em 28.02.2010, que deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF (art. 98, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado. Ademais, “na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção”, conforme preceitua o art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Feitas as sobreditas ponderações, segue análise dos pleitos preambulares provocados pela Recorrente.

b) Da Nulidade da Decisão de Primeira Instância

A TNT MERCÚRIO protesta em favor da declaração de nulidade da decisão recorrida por entender que teria alterado os critérios jurídicos do lançamento de ofício, visto que qualificou os atos societários praticados como simulados, fraudulentos e/ou dolosamente praticados com o intuito de se evadir a tributação. Em prol da sua ilação, extraiu o seguinte trecho do Aresto atacado:

“103.2. Dessa forma, deparando-se com a existência de negócio jurídico viciado por simulação, dolo ou outra espécie de fraude fiscal, deve a Administração Tributária comprovar a existência do vício e efetivar o lançamento

⁹ **Súmula CARF nº 162:** O direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

correspondente ao tributo, desconsiderando o ato viciado e/ou considerando aquele efetivamente realizado e encoberto pelo dolo, pela fraude ou pela simulação, prejudicando o Estado. Assim procedeu a Fiscalização, como visto.” (cf. fl. 1425 - destacamos).

Nessa toada, infere que a DRJ/CTA buscou requalificar os atos que praticou, fundamentando que a Fiscalização constatou “simulação, dolo ou outra espécie de fraude fiscal”, embora, em momento algum o Fisco tenha alegado ocorrência de dolo, fraude ou simulação nos atos praticados pelas partes (inclusive a TNT MERCÚRIO), visto que adotou, em síntese, os seguintes fundamentos para **desconsiderar a personalidade jurídica da TNT TWO**: (...) (i) *o fato de que a TNT TWO supostamente configuraria uma “empresa veículo”, porque a real adquirente da Expresso Mercúrio seria a TNT SPAIN*; (ii) *a posterior incorporação da TNT TWO pela Expresso Mercúrio não preencheria os requisitos legais para permitir a amortização do ágio, na medida em que não implicaria a concentração de empresas ou extinção/liquidação do investimento; e (iii) a estrutura adotada para a aquisição das ações da Expresso Mercúrio careceria de propósito negocial.*(g.n.)

Arremata, asseverando que a pretensão da decisão combatida de alterar o fundamento jurídico do lançamento realizado pela Fiscalização, no curso do processo administrativo fiscal, contraria o disposto no art. 146, do CTN¹⁰, bem como implica em cerceamento do direito de defesa da Recorrente, portanto, é de rigor que seja reconhecida a nulidade do acórdão recorrido. Cita jurisprudência deste Tribunal que encontra consonância com sua pretensão.

Através das suas contrarrazões, a PGFN assevera que deve ser rejeitado o pedido de nulidade suscitado pela Recorrente, pois não procede a alegação da Contribuinte no sentido de que teria ocorrido modificação de critério jurídico pela DRJ. Isto porque a análise efetivada pela Fiscalização não se restringiu a averiguar o propósito negocial na utilização da empresa TNT TWO, mas também a diversas questões jurídicas concernentes às operações realizadas pelo GRUPO TNT.

Nessa quadra, entende que resta hialino que a (...) *Fiscalização analisou o caso do presente processo administrativo sob a perspectiva da existência de simulação/dissimulação nos atos praticados pela contribuinte. Com efeito, a utilização de palavras ou expressões como “forjar”, “aparência de legalidade” ou “esconder” indicam que a autoridade fiscal vislumbrou diante de si uma conduta dolosa da contribuinte, voltada para a obtenção indevida de um benefício fiscal – no caso, a dedução tributária das despesas com amortização de ágio. (...) Ora, ainda que não tenha utilizado, expressamente, a palavra “simulação” ou “dolo”, está bastante explícito que a autoridade fazendária entendeu que houve conduta dolosa da contribuinte, direcionada para “esconder” ou dar “aparência de legalidade” a uma vantagem tributária ilegal e indevida.* (g.n.)

¹⁰ Art. 146 - A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Conclui aduzindo que tanto a Fiscalização como o Aresto atacado têm a mesma percepção dos fatos: a Recorrente tentou obter benefício fiscal indevido, por meio de atos formais que visavam dar aparência de legalidade à dedução de despesas com amortização de ágio. Assim, não há incompatibilidade ou inovação quando comparamos o Auto de Infração com a decisão de piso, pois em ambos há condenação da conduta dolosa da TNT MERCÚRIO, de modo que deve ser rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo Sujeito Passivo.

Igualmente entendo que não deve prosperar o pleito em questão, pois veremos que a tese acusatória é contrariada na própria peça recursal. Vejamos.

Inicialmente, vê-se que a Defesa destacou a parte final do parágrafo 103 do acórdão recorrido para comprovar a inovação do critério jurídico por parte do Aresto atacado, entretanto entendo salutar analisar todo o parágrafo, pois só assim pode-se perceber que a Autoridade Julgadora, a partir de extratos do TVF, apresenta racional quanto à autorização ao Fisco para desconsiderar atos ou negócios jurídicos, independente do previsto no parágrafo único do art. 116 (não mencionado pela Fiscalização), quando se depara com uma das hipóteses do art. 149, do CTN, que possibilita a revisão de ofício do lançamento. Por esse ângulo, importa transcrevermos todo o parágrafo, em tempo destacaremos expressões que relacionaremos com evidências da peça recursal:

*103. Ainda, a Impugnante alega que o art. 116, parágrafo único, do CTN (não mencionado pela Fiscalização), não seria autoaplicável. Ocorre que o CTN já previa a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos, **quando o art. 149 estabelece que o lançamento é efetuado e revisto de ofício na hipótese de ocorrência dos casos previstos nos incisos I a IX.***

*103.1. Como se viu no tópico em que se analisou preliminar de mérito, assentado pela Fiscalização, com base em documentos e nas intimações e respostas prestadas, que a **“contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito comercial ou societário na incorporação realizada”** (e-fls. 1285), **“(…) visto que a utilização da via indireta (constituição de empresa veículo) teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária para operacionalizar a amortização do ágio”** (e-fls. 1292), **“comprovada a falta de respaldo legal para a dedução das despesas (...)”** (e-fls. 1292), o CTN autoriza a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos, quando o art. 149 estabelece que o lançamento é efetuado e revisto de ofício na hipótese de ocorrência dos casos previstos em seus incisos, especificamente no de nº VII, a impor à Administração Tributária o dever de ignorar o fato exterior, aparente, e considerar a vontade real que está subjacente ao ato visível. **(g.n.)***

103.2. Dessa forma, deparando-se com a existência de negócio jurídico viciado por simulação, dolo ou outra espécie de fraude fiscal, deve a Administração Tributária comprovar a existência do vício e efetivar o lançamento correspondente ao tributo, desconsiderando o ato viciado e/ou considerando aquele efetivamente

realizado e encoberto pelo dolo, pela fraude ou pela simulação, prejudicando o Estado. Assim procedeu a Fiscalização, como visto.

Prosseguindo, peço vênia para deslindar os fundamentos adotados pela Fiscalização para desconsiderar a personalidade jurídica da TNT TWO, utilizados pela Recorrente para justificar sua acusação, também com nossos destaques:

- i. o fato de que **a TNT TWO supostamente configuraria uma “empresa veículo”,** porque a **real adquirente da Expresso Mercúrio seria a TNT SPAIN;**
- ii. **a posterior incorporação da TNT TWO pela Expresso Mercúrio não preencheria os requisitos legais para permitir a amortização do ágio,** na medida em que não implicaria a concentração de empresas ou extinção/liquidação do investimento; e
- iii. a estrutura adotada para a aquisição das ações da Expresso Mercúrio **careceria de propósito negocial.**

Ora, ao analisarmos ambas as expressões podemos deduzir que a TNT MERCURIO ao tentar demonstrar na sua peça recursal a pretensa inovação do critério jurídico, adversamente, exterioriza que os fundamentos utilizados tanto pela Fiscalização como pela decisão *a quo* são exatamente idênticos. Tal ilação resta cristalina ao nos atermos ao significado intrínseco das expressões destacadas nos sinalados trechos:

- i. quando o Agente Fazendário afirma que o **“real adquirente da Expresso Mercúrio seria a TNT SPAIN”** e não a **TNT TWO**, é inquestionável que está desconsiderando o negócio jurídico efetivado, por entender que está perante a situação simulada, disciplinada pelo § único, do art. 116, do CTN;
- ii. Através das seguintes expressões: **“contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial ou societário na incorporação realizada”;** e **“a estrutura adotada para a aquisição das ações da Expresso Mercúrio careceria de propósito negocial”**, podemos deduzir que se trata da falta de substância econômica que, pela teoria da interpretação econômica do direito tributário, configura fundamento fático passível de subsunção ao mencionado preceptivo, cujo elemento típico é a **“simulação ou melhor o seu viés a dissimulação”;**
- iii. Também ao observamos o termo – **empresa veículo** - nas seguintes expressões: **a utilização da via indireta (constituição de empresa veículo) teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária; e a TNT TWO supostamente configuraria uma “empresa veículo”.** É indubitável que a expressão empresa veículo é criticada pelas autoridades fiscais justamente pela sua existência meramente formal e não substancial, o que também nos direcionar a constatação da prática de ato simulado ou dissimulado.

Quer dizer, a própria Recorrente fragiliza seu argumento, uma vez que todos os fundamentos que ressaltou aptos a subsidiar a autuação em questão, irrefutavelmente denotam

que resultou constatada – ou pretensamente constatada – a prática de atos simulados (ou dissimulados) que obviamente configuram evasão fiscal (sonegação, fraude e dolo).

Ademais, em várias passagens do TVF, conforme exemplificado abaixo, a Fiscalização desconsidera a existência material da **TNT TWO**, por acreditar que se trata de uma empresa de passagem, existente apenas na forma, justificativa para desconsideração da **confusão patrimonial** – um dos requisitos essenciais para legitimar a dedutibilidade das despesas com amortização antecipada do ágio - visto que entende que o real adquirente é a **TNT SPAIN**:

*“76. No caso em questão, a empresa **TNT SPAIN**, empresa sediada na Espanha, através da **TNT TWO**, adquiriu a empresa **MERCURIO** com ágio de R\$ 386.041.149,26, utilizando a empresa **TNT TWO**, que foi inserida no grupo exclusivamente para aquisição do novo investimento, com expectativa de curta existência, funcionando apenas como empresa veículo. Como era previsível, logo foi extinta por incorporação, restando claro o objetivo de obter a redução de tributos pela amortização do ágio acima citado. Em síntese, a **TNT TWO** serviu unicamente para a passagem dos recursos financeiros, para o registro do ativo adquirido (especialmente o ágio), além do registro do empréstimo contraído.”*

(...)

*“84. Tais alegações demonstram mais ainda a **artificialidade das operações**. Todos esses eventuais custos administrativos com a empresa que precisou ser incorporada teriam sido evitados **se a operação real tivesse ocorrido, ou seja, a compra da MERCURIO diretamente pela TNT SPAIN. Esse é o real negócio que foi realizado**. No caso de haver o interesse em concentrar todos os negócios na holding brasileira, a **TNT EXPRESS BRASIL HOLDING** compraria diretamente a **MERCURIO**.”*

Embora a Recorrente esteja correta ao afirmar que não há uma única referência por parte do Fisco aos termos: fraude, dolo ou simulação, por outro lado, é possível observar no TVF expressões do tipo: “abusivamente”, “ausência de propósito negocial”, “ludibriar a lei”, “efemeridade”, “inexistência de substância”, “real adquirente”, dentre outras, que se alinham a ideia de configuração de um ato ou negócio simulado (ou dissimulado), tratados pelo art. 116, do CTN, notadamente para aqueles que defendem a tese da “interpretação econômica do direito tributário”.

Nessa senda, firmo o entendimento de que não houve qualquer inovação por parte da decisão combatida que apenas tornou explícito, o que implicitamente estava contido no TVF. No mais, encontra-se motivada de forma manifesta, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Assim, este ato administrativo contém todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a pleiteada nulidade.

Por derradeiro, o enfrentamento das questões na peça recursal denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram o procedimento de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

Pelas razões expostas, opino por afastar a preliminar em questão.

c) Da Nulidade dos Autos de Infração

Recorrente requer que sejam declarados nulos os autos de infração, nos termos do art. 59, do Decreto nº 70.235/72 (PAF), por deficiência na fundamentação, posto que faltou indicar os dispositivos legais supostamente infringidos ou que dariam suporte à exigência fiscal, em descumprimento ao disposto no inciso V, art. 10, do Decreto nº 70.235/72.

Acrescenta que os artigos indicados no TVF como fundamento da autuação referem-se a normas gerais relativas à exigência do IRPJ e da CSLL, contudo careceu (...) *de arrolar os dispositivos legais que teriam o condão de fundamentar a glosa das despesas incorridas pela Recorrente com a amortização do ágio, objeto da autuação*, requisito essencial à validade dos Autos de Infração.

Ao apreciar essa preliminar de nulidade, quando da apresentação das Contrarrazões ao Recurso Voluntário, a PGFN aduziu que não se enquadra como causa de nulidade do auto de infração, nos termos do art. 59, do Decreto nº 70.235/72. Ademais, asseverou que se mostra completamente improcedente a alegação de que a Autoridade Fiscal não teria indicado o fundamento legal do lançamento o que tornaria o Auto de Infração nulo.

Complementa ressaltando que através das peças impugnatória e recursal, a Recorrente demonstrou pleno conhecimento do objeto da autuação, mormente os fundamentos legais que alicerçaram os trabalhos da Fiscalização. Cita jurisprudência do CARF que corrobora com a acepção que não existe nulidade nessas situações.

Igualmente, entendo que não assiste razão ao Recorrente pelos seguintes motivos.

Primeiro, à luz dos dispositivos legais que regem a matéria, no caso em exame não se evidencia razões capazes e suficientes para decretar a nulidade dos atos administrativos, uma vez que os Autos de Infração foram lavrados por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que o Sujeito Passivo pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal.

Segundo, no que toca à fundamentação legal do lançamento de ofício combatido, consta do TVF, às fls. 1265/1301, parte integrante dos Autos de Infração, o tópico “VI -

LEGISLAÇÃO REFERENTE AO ÁGIO E SUA AMORTIZAÇÃO”, onde a Autoridade Fiscal exaure de forma detalhada considerações sobre o tema ágio, especialmente a forma como surge, o tratamento no âmbito das relações societárias, sua natureza de transação de capital e a fundamentação legal atinente ao tratamento fiscal, especialmente quanto às exigências relacionadas à dedução das despesas com a amortização antecipada das parcelas de ágio.

No sinalado tópico, o Agente Fiscal apresenta extensa explanação sobre a evolução da legislação tributária, especificamente os preceptivos do Decreto-lei nº 1.598/77, onde discorre sobre o registro dos investimentos e as condições e requisitos essenciais a legitimar a dedutibilidade dos encargos com a amortização do ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97.

Quer dizer, embora a base legal que deu lastro à autuação esteja sintetizada nos Autos de Infração, no TVF, repisamos parte integrante daquele, está suficientemente fundamentado, ao ponto de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício.

Em síntese, na espécie, a Autoridade Fiscal agiu em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo. Houve observância das normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Nessa linha, em concordância com o Aresto recorrido, pugno por rejeitar a nulidade à epígrafe, por total improcedência das alegações da Defesa.

DO MÉRITO

Das Glosas das Despesas com Amortização de Ágios

a) Da Introdução

No âmbito meritório, inicialmente, analisaremos as autuações relacionadas às deduções de ágio contabilizado pelo Sujeito Passivo que reduziram, sob a ótica da Fiscalização,

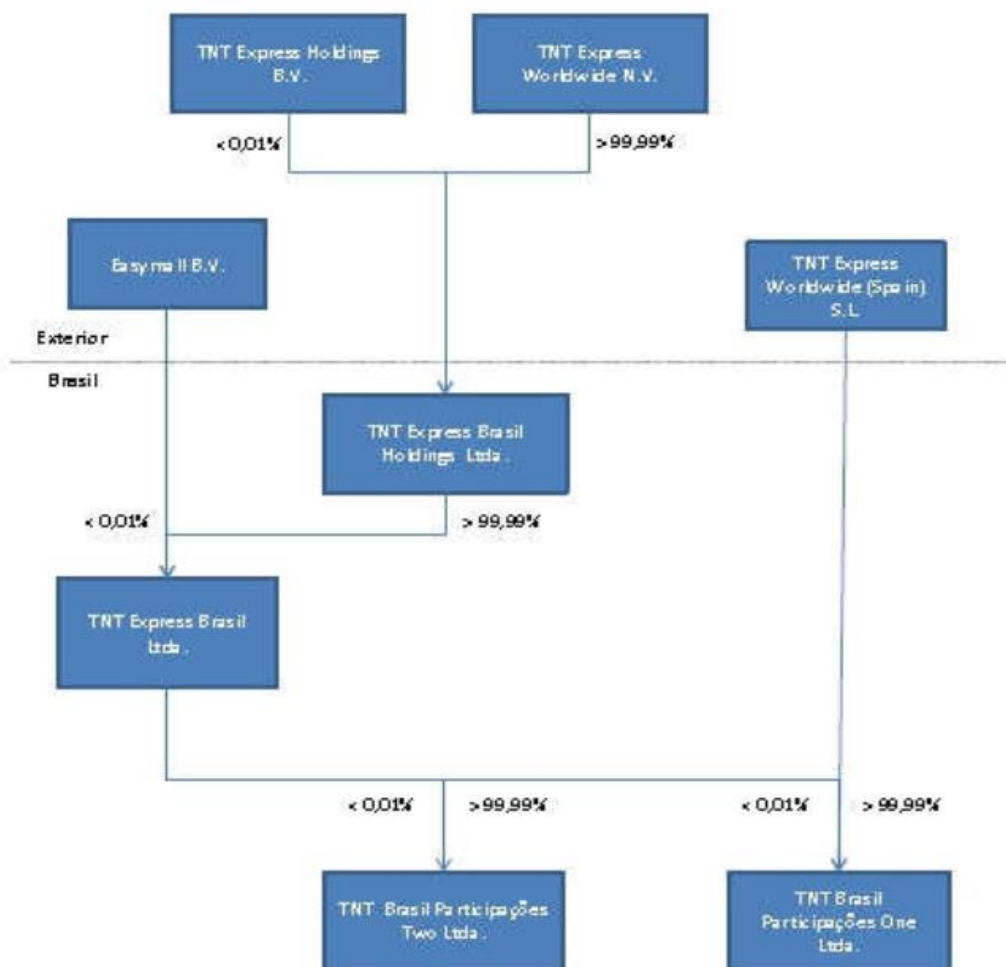
indevidamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos anos-calendário de 2014 a 2016. Em seguida, apreciaremos os pleitos subsidiários.

Em brevíssima síntese, a operação envolveu a aquisição pelo **grupo internacional TNT**, cuja matriz é sediada na Espanha - TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN SL (**TNT SPAIN**) -, através de sua holding, sediada no Brasil – TNT Participações Two Ltda (**TNT TWO**) - da Expresso Mercúrio S/A (**MERCÚRIO**), gerando o “**Ágio TNT MERCÚRIO**”.

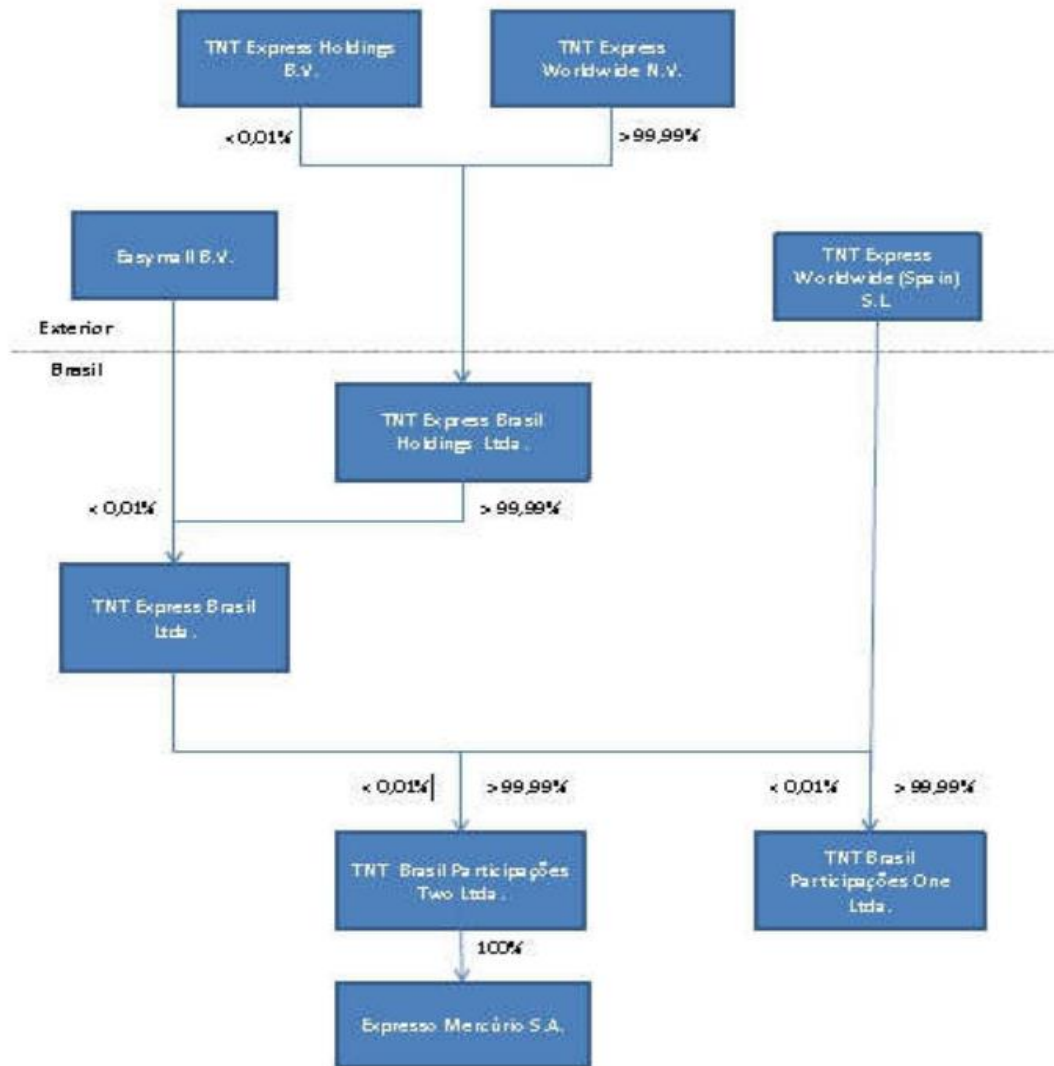
No que diz respeito à formação do ágio, registramos:

- i. **Dezembro de 2006 - TNT SPAIN (99%) e TNT EXP BRASIL (1%)** – Sócias da **holding TNT TWO** (antiga ELVEN) – Objeto social participação em outras sociedades nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista – com Capital Social originariamente fixada em R\$ 100,00;
- ii. **Janeiro de 2007 - TNT SPAIN**, integralizou, mediante remessa de valores em espécie para o Brasil, **aumento no CAPITAL SOCIAL da TNT TWO**, que passou de R\$100,00 para **R\$ 390.000.100,00**;

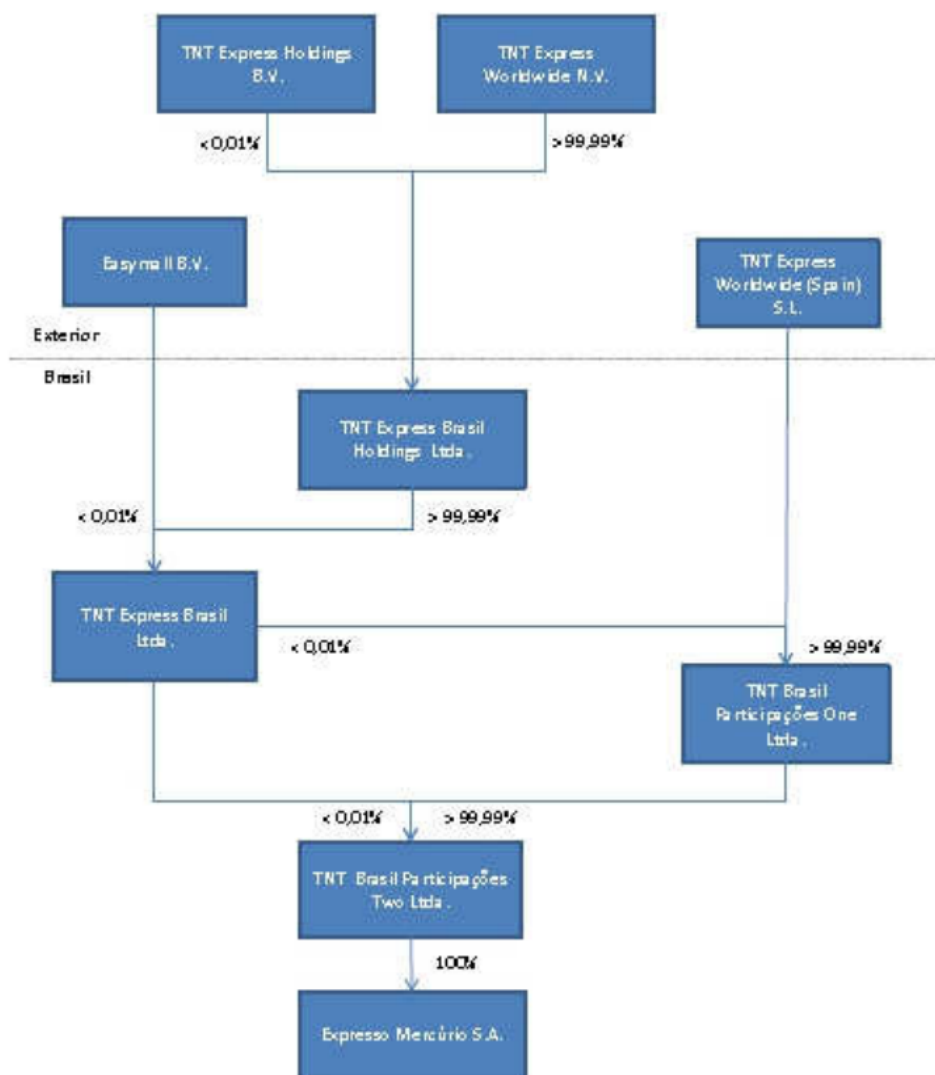
Sócios	Quotas	Valor em R\$	Participação
TNT SPAIN	390.000.099	390.000.099,00	99,9999999%
TNT EXP BRASIL	1	1,00	0,0000001%
Total	390.000.100	390.000.100,00	100,00%



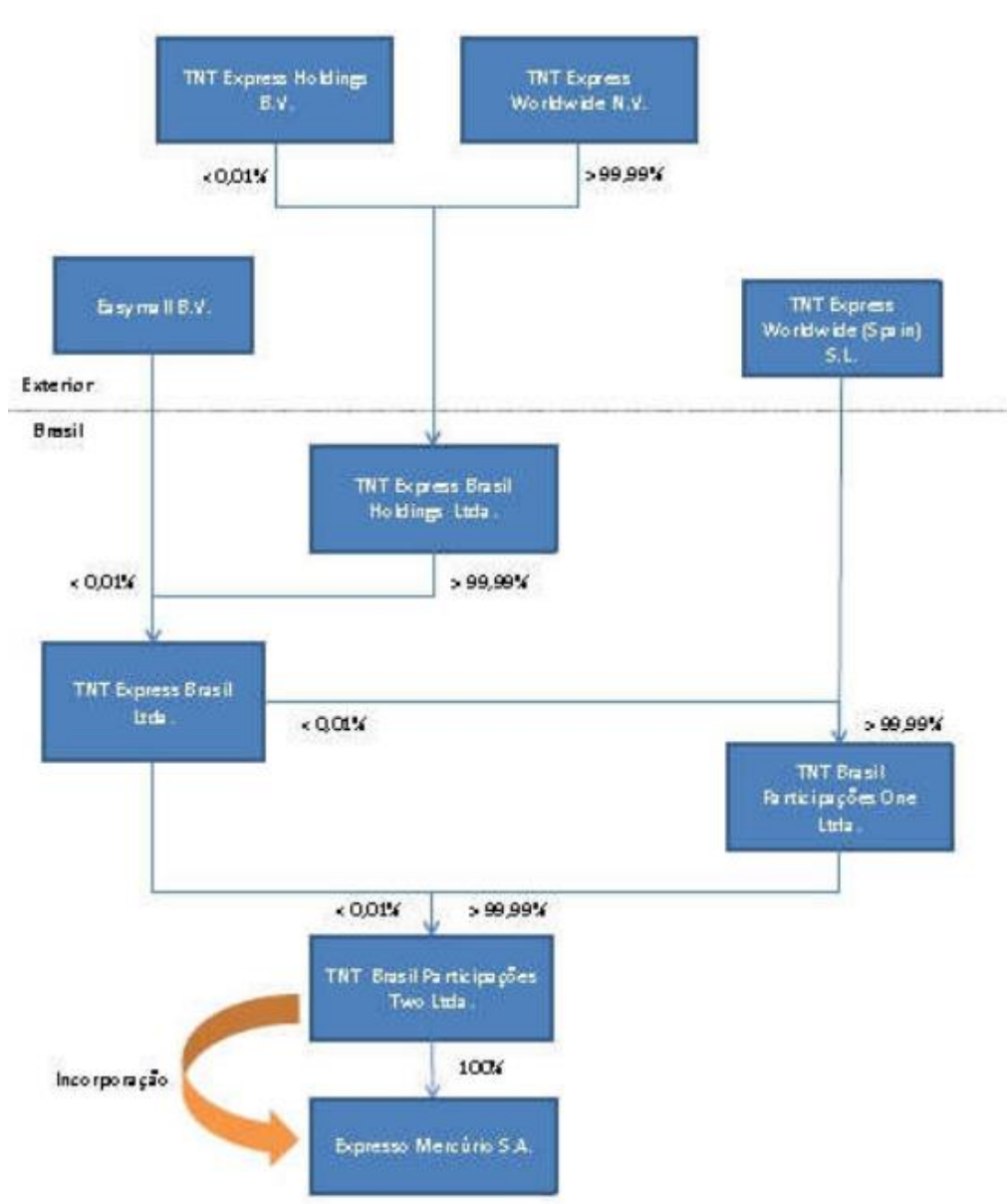
- iii. **Janeiro de 2007** - Foi pactuado Contrato de Compra das Ações da **EXPRESSO MERCÚRIO S/A (MERCÚRIO)** firmado entre acionistas desta (sócios pessoas físicas) e o comprador **TNT TWO**, cujo valor estabelecido foi R\$ 434.686.495,00. O banco **ABN AMRO REAL S/A (ABN AMRO)** foi contratado pela **TNT HEADOFFICE BV (TNT)** para elaborar uma avaliação econômico-financeira da **MERCURIO**. Tal fundamento foi justificado pelo relatório de avaliação econômico-financeira da **MERCURIO** elaborado pelo **ABN AMRO** em 18/01/2007, com data base de 31/12/2006, em que se avaliou o predito investimento no montante de R\$ 444.000.000,00;
- iv. **Janeiro de 2007** - Os recursos relacionados ao aumento do capital social, mais valores alavancados mediante **contrato de empréstimo, no montante de R\$ 41.808.000,00, via TNT POST FINANCE GROUP BC** (informação esta obtida a partir da resposta apresentada pela empresa, contudo não há nos autos quaisquer documentos que comprovem a contratação deste empréstimo, todavia tal fato não foi criticado pela Autoridade Fiscal), permitiram a **TNT TWO** comprar a **MERCÚRIO**, mediante pagamento (comprovantes bancários), 100% do capital social por R\$ 434.686.495,00, passando a ser sua controladora.



- v. **Janeiro de 2007** - A **TNT SPAIN**, mediante aumento de capital social e integralização com todas as suas cotas da **TNT TWO**, transfere o controle desta para uma outra holding TNT BRASIL PARTICIPAÇÕES ONE LTDA (**TNT ONE**), as duas últimas sediadas no Brasil;



- vi. **Março de 2007** - – A **MÉRCURIO** e a **TNT TWO**, por meio das suas respectivas assembleias, deliberaram pela efetivação da incorporação reversa (TNT TWO pela MERCÚRIO). Essa operação esta lastreada pelo protocolo de justificativa de incorporação e Laudo Técnico de Avaliação a Valores Contábeis elaborado pela KPMG que fixou o valor do patrimônio líquido da **TNT TWO** em R\$ 384.692.915,41 – com data base de 28/02/2007. No caso em análise, o ágio contabilizado foi baseado no valor da rentabilidade futura da empresa adquirida;



- vii. **Março de 2007** - Como consta do Laudo de Avaliação a Valores Contábeis elaborado pela KPMG, do acervo líquido da **TNT TWO**, o principal valor a ser incorporado era o **ágio decorrente do investimento na MERCURIO, que estava registrado por R\$ 367.455.139,26**. E no passivo a conta de empréstimos que registrava o valor de R\$ 40.019.682,59;

	VALOR PAGO	PARTICIPAÇÃO%	PL NA DATA DE FECHAMENTO	ÁGIO
MERCURIO	434.686.495,00	100,00	58.769.608,22	375.916.886,78

- viii. **Março de 2007** - Após os ajustes no valor da aquisição, decorrentes do pagamento de “ajuste do preço de aquisição” das ações da **MERCURIO**, previsto na cláusula 2.3 do

contrato de compra de ações, tem-se que **o valor efetivo do ágio apurado na operação foi de R\$ 386.041.149,26;**

- ix. **Outubro de 2008** - Com a incorporação da **TNT TWO** pela **MERCURIO** (atual **TNT MERCURIO**), completa-se a aquisição da **MERCURIO** pelo **GRUPO TNT**. O **ágio apurado** e o empréstimo contraído passaram a ser de responsabilidade da **TNT MERCURIO**; e
- x. **Passou a amortizar o ágio no AC 2008 e concluiu no AC 2016**. Valor mensal (R\$ 3.574.455,09), totalizando, por ano, o montante de **R\$ 42.893.461,08**.

No que toca à autuação questionada, em síntese, basicamente a glosa das despesas teve como cerne fático a aquisição da **MERCÚRIO** por uma holding utilizada exclusivamente para a concretização da operação em análise – **TNT TWO** - e não diretamente pela empresa **TNT SPAIN** ou por outra empresa nacional havida pelo grupo **TNT** no Brasil, denominada **TNT Express Brasil Holding**.

Entendeu o Fisco que houve um **planejamento tributário abusivo**, posto que não havia substância econômica na interposição, no negócio, da **TNT TWO - empresa-veículo** -, que foi utilizada para transportar, para os livros da Fiscalizada (**TNT MERCÚRIO**), o ágio pago em sua própria aquisição, mediante incorporação reversa. Ademais, sustenta, como consentâneo, a inoportunidade da necessária confusão patrimonial entre a **real adquirente (TNT SPAIN)** e a investida (**MERCÚRIO**).

Em suma, a Autoridade Autuante inferiu que a aquisição do investimento, juntamente com utilização de empresa veículo, tratou-se de operações simuladas, buscando pretensão enquadramento nos artigos 7º e 8º da lei 9.532/97, porque ausentes um claro intento negocial. Assim, face aos ganhos tributários que deduziu indevidos, lavrou o auto de infração em exame, sem a constituição de crédito tributário (determinando-se, outrossim, a recomposição dos saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL), considerando como amortizados indevidamente os seguintes valores na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL:

ANO	VALOR
2014	42.893.461,03
2015	42.893.461,03
2016	42.893.461,03
Total	128.680.383,09

Indignada a **TNT MERCÚRIO** impugnou asseverando que todas as operações ocorreram em estrito cumprimento ao disposto nos arts. 7º e 8º, da Lei 9.532/97, vigente à época dos fatos. Citou doutrina e jurisprudência administrativa e judicial que corroboram com as suas argumentações. Das suas argumentações merecem registro:

- i. A operação atende aos requisitos legais para fins de fruição do direito à amortização e nenhum outro requisito pode ser exigido;

- ii. A Fiscalização não questiona que o ágio foi legalmente gerado, que os ganhos obtidos pelos antigos acionistas da Expresso Mercúrio foram tributados, ou que os atos de aquisição dessa empresa tenham observado a legislação civil, comercial e societária. Assim, os argumentos da Fiscalização são de ordem econômica e extralegal;
- iii. Não há suporte na legislação para os argumentos utilizados pela Fiscalização de que a TNT TWO seria uma empresa veículo, de que na incorporação desta sociedade pela Expresso Mercúrio não haveria extinção do investimento e de que a estrutura adotada não preencheria os requisitos legais;
- iv. Não é possível a desconsideração dos atos relativos à TNT TWO, caso não sejam apresentadas provas de simulação;
- v. Apresenta uma lista de operações realizadas pela TNT TWO, para afirmar que ela não seria uma empresa veículo;
- vi. Não há base legal para a afirmação da Fiscalização de que a incorporação deveria ser invertida, TNT TWO incorporando Expresso Mercúrio; e
- vii. Havia propósito comercial na operação realizada.

O Acórdão combatido mantém integralmente os lançamentos de ofício ao ratificar a aceção que não eram possíveis as deduções do ágio registrado pela Contribuinte, em razão do não cumprimento das condições e requisitos impostos pela legislação em vigor à época dos fatos geradores, notadamente a ausência de confusão patrimonial entre real investidor e investida – uso da empresa-veículo. Citou jurisprudência administrativa que ratifica seu posicionamento. Em síntese, baseou-se das seguintes razões:

- i. Inicialmente, salienta que não foram questionados o nascimento e registro do ágio, especialmente: o efetivo pagamento, a realização das operações entre partes não ligadas, tampouco a fundamentação econômica com base na expectativa de rentabilidade futura;
- ii. Terce comentários sobre ser, em regra, indedutível as despesas com a amortização do ágio e detalha as exceções. Nessa linha, explica que devem ser atendidos estritamente todos os requisitos legais, sob pena de ser considerada indevida a dedução, em respeito ao disposto no art. 386, do RIR/99, combinado com o art. 111, do CTN. Logo, ressalva que nas basta apenas haver a confusão patrimonial, deve a pessoa jurídica demonstrar ter suportado efetivamente o ágio por ela registrado, o ágio deve existir com propósito comercial – a razão comercial que levou a aquisição de um investimento por um valor superior ao custo original - e substrato econômico – transação econômica que materialize o valor de aquisição, ao mesmo tempo pago pelo adquirente (gasto) e recebido pelo alienante (ganho) - a justificar a sua origem. Ademais, o ágio deve também ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada, respaldado por um laudo, o qual deve ser arquivado como comprovante da escrituração do ágio;

- iii. (...) *No caso em questão, embora exista o ágio, a TNT TWO não possuía recursos para aquisição da MERCURIO. Foi uma empresa recém criada, que recebeu recursos da sua controladora TNT SPAIN e empréstimos para poder efetuar a aquisição e só existiu por 7 meses (30/08/2006 a 30/03/2007), e em sua contabilidade há apenas o registro da subscrição e da aquisição da MERCÚRIO. Não há registro que evidencie a existência de uma estrutura organizacional mínima para o desenvolvimento da sua atividade;*
- iv. (...) *Observa-se que a investida e a real investidora continuam existindo, sendo que o ágio antes indedutível passou a ser dedutível, em função da extinção da empresa-veículo. A TNT TWO não possuía recursos para aquisição da MERCÚRIO; para isso houve um aumento de seu capital, promovido pela TNT SPAIN, bem como aportes financeiros de empresa integrante do Grupo TNT no exterior. Certo é que o investimento continua existindo, com a real investidora (TNT SPAIN) permanecendo no controle da investida;*
- v. *No que concerne a não autoaplicabilidade do parágrafo único, do art. 116, do CTN, arguido pela Defesa, rebate que (...) o CTN já previa a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos, quando o art. 149 estabelece que o lançamento é efetuado e revisto de ofício na hipótese de ocorrência dos casos previstos nos incisos I a IX. Destarte, uma vez constatada uma das hipóteses, deve à Administração Tributária (...) ignorar o fato exterior, aparente, e considerar a vontade real que está subjacente ao ato visível;*
- vi. (...) *Dessa forma, deparando-se com a existência de negócio jurídico viciado por simulação, dolo ou outra espécie de fraude fiscal, deve a Administração Tributária comprovar a existência do vício e efetivar o lançamento correspondente ao tributo, desconsiderando o ato viciado e/ou considerando aquele efetivamente realizado e encoberto pelo dolo, pela fraude ou pela simulação, prejudicando o Estado. Assim procedeu a Fiscalização, como visto; e*
- vii. (...) *a liberdade de organização empresarial não ampara situações artificiosas como a criação de empresas que não tem outra finalidade que permitir a formalização de situações jurídicas sem substrato fático. No caso em análise, o interesse negocial na aquisição da empresa Expresso Mercúrio foi bem demonstrada, mas não a necessidade de existência efêmera da empresa TNT Two, que nada mais foi que um meio desnecessário de transição dos ativos envolvidos na compra e venda. Todos os atos mencionados pela impugnação como evidência da existência da empresa TNT Two foram os necessários para a obtenção dos resultados tributários pretendidos por ela, não sendo eles suficientes para demonstrar sua existência e propósito autônomos.*

A Recorrente apresentou Recurso Voluntário em desfavor da Decisão de piso, repisando as alegações meritórias carreadas na fase impugnatória e complementando-as com argumentações e fundamentos em favor de fortalecê-las. Destes merecem destaque:

- i. *As operações realizadas foram legítimas e a recorrente tem direito à amortização do ágio, posto que demonstrou que foram observados todos os requisitos legais para amortização*

do ágio sob análise, e as argumentações que consta da decisão recorrida para justificar a glosa das correspondentes despesas não encontra amparo legal;

ii. (...) *Nesse diapasão, de pronto, verifica-se que os procedimentos adotados pela TNT TWO e pela Expresso Mercúrio observaram perfeitamente a legislação de regência no que tange às condições necessárias para que a empresa resultante da incorporação destas sociedades pudesse amortizar o ágio gerado quando da aquisição das ações da Expresso Mercúrio, haja vista que:*

- ✓ (...) *Quando da aquisição de participação societária na Expresso Mercúrio, o adquirente, TNT TWO, desdobrou em sua contabilidade o custo de aquisição do investimento em valor da participação adquirida e ágio;*
- ✓ (...) *O valor do ágio pago pela TNT TWO teve como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da Expresso Mercúrio;*
- ✓ (...) *A justificativa econômica do ágio pago e registrado contabilmente pela TNT TWO foi devidamente fundamentado em laudo elaborado à época da transação pelo ABN Amro Real;*
- ✓ (...) *Após a incorporação da TNT TWO pela Expresso Mercúrio, esta sociedade, que foi a resultante da referida incorporação, passou deduzir na apuração do lucro real as despesas com amortização do ágio (convertido contabilmente em ativo diferido) fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do investimento, em balanços levantados após a referida incorporação, observado o prazo mínimo de 5 anos;*
- ✓ (...) *A referida amortização do ágio para fins fiscais passou a ser realizada após a incorporação da TNT TWO (adquirente) pela Expresso Mercúrio (adquirida) de forma que o ágio pago e o seu fundamento econômico foram consolidados em uma única pessoa jurídica;*
- ✓ *Foi reconhecida pela Fiscalização e pela decisão de piso que (...) o ágio decorrente da operação de aquisição da Expresso Mercúrio foi legalmente gerado e reconhecido contabilmente e que decorreu de uma transação realizada entre partes independentes, com base em efetivo pagamento do preço, sendo que tal ágio (baseado em expectativa de rentabilidade futura do investimento) foi devidamente justificado com base em laudo de avaliação elaborado pelo ABN Amro Real. (...) Da mesma forma, não se colocou em questão o fato de que o preço pago pela TNT TWO aos antigos acionistas da Expresso Mercúrio gerou ganhos de capital tributáveis (sujeitos ao imposto de renda) para tais acionistas;*
- ✓ (...) *E ainda, a Fiscalização não alegou em nenhum momento que os atos negociais, comerciais e societários relativos à aquisição da Expresso Mercúrio pela TNT TWO, assim como relativos à reestruturação das empresas do Grupo TNT que se seguiu após esta aquisição, não tivessem sido praticados mediante total observância das*

normas de cunho societário, civil e comercial aplicáveis à espécie, ou seja, a validade e eficácia jurídica de tais atos em nenhum momento foi objeto de questionamento no TVF;

- ✓ (...) *Como consequência, o que se vê no presente caso é uma atuação baseada em argumentos levantados pela Fiscalização de ordem puramente econômica e extralegal (aparentemente baseados na teoria da “substância sobre a forma”);*
- iii. Da improcedência das acusações fiscais, uma vez que os requisitos em que se basearam a Fiscalização, ratificados pelo Aresto recorrido, não constam do rol daqueles necessários à amortização do ágio para fins fiscais, previstos nos artigos 385 e 386 do RIR/99 – TNT TWO seria **empresa-veículo** e a TNT SPAIN deveria ser reconhecida como **real adquirente** da MERCÚRIO, assim a estrutura adotada para aquisição das ações da MERCÚRIO e posterior incorporação, por esta, da TNT TWO, não atenderia à necessária confusão patrimonial;
- iv. Da impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da TNT TWO e improcedência do argumento segundo o qual a TNT SPAIN seria a “**real adquirente**” da MERCÚRIO:
 - ✓ Uma vez que (...) *o ordenamento jurídico brasileiro não permite que a Fiscalização desconsidere a personalidade jurídica de pessoas jurídicas constituídas em conformidade com a legislação de regência, como é o caso da TNT TWO, assim como dos atos jurídicos praticados em absoluta conformidade com a legislação em vigor pela TNT TWO e pela Expresso Mercúrio, sem que se comprove a ocorrência de simulação, que macule tais atos.(...) Caberia à Fiscalização ter demonstrado e comprovado a suposta simulação, o que não fez, ao contrário do que entendeu a decisão recorrida;*
 - ✓ O parágrafo único, do art. 116, do CTN, não é autoaplicável, ademais (...) *em nenhum momento a Fiscalização levantou qualquer dúvida ou apontou qualquer indício acerca da ocorrência de simulação no presente caso, bem como não procede o argumento da DRJ/CTA no sentido de que (...) o artigo 149, inciso VII do CTN autorizaria a desconsideração de atos ou negócios jurídicos pelas autoridades fiscais em caso de dolo, fraude ou simulação, seja porque não foi mencionado pelo Fisco, seja em virtude de não ter sido comprovado os vícios referidos no mencionado dispositivo;*
 - ✓ (...) *Ademais, a acusação fiscal no sentido de que a TNT TWO seria uma “empresa veículo” – cuja definição não existe na legislação tributária brasileira – , não faz qualquer sentido no caso em análise, na medida em que a TNT TWO, é pessoa jurídica que: foi devidamente constituída, segundo a legislação nacional, como uma holding; recebeu aporte de capital da TNT SPAIN; obteve empréstimo externo para financiamento da aquisição das ações da MERCÚRIO; firmou contrato de compra e venda para aquisição das ações da MERCÚRIO, e efetivamente pagou o valor*

acordado; contabilizou, na forma da lei, os ingressos e saídas dos recursos, em estrita observância do disposto no art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77; apresentou ato de concentração da operação perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”); e apresentou ao Fisco todas as declarações exigidas;

- v. Da improcedência do argumento, não previsto em lei, relativo à “falta de concentração de empresas e extinção do investimento” no que diz respeito a incorporação da TNT TWO pela MERCÚRIO, uma vez que:
- ✓ se encontra em total dissonância com a legislação aplicável à hipótese em tela, pois (...) *o artigo 7º, III, da Lei n. 9.532/97 permite a dedutibilidade das despesas com a amortização do ágio após a incorporação entre a empresa adquirente e a adquirida e o artigo 8º, também da Lei n. 9.532/97, permite expressamente o mesmo tratamento fiscal às despesas com amortização do ágio, quando a empresa incorporada for a adquirente de participação societária (o que ocorre numa incorporação reversa), tal como ocorreu no presente caso, no qual a TNT TWO (adquirente) foi incorporada pela Expresso Mercúrio (adquirida); e*
 - ✓ Quanto à alegação de que a incorporação da TNT TWO pela MERCÚRIO não teria resultado na concentração de empresas, não condiz com a realidade. (...) *Afinal, não restam dúvidas de que a TNT TWO foi incorporada pela Expresso Mercúrio e que, como resultado desta incorporação, o acervo líquido da daquela empresa foi absorvido por esta, o CNPJ da TNT TWO foi baixado e seus ativos (incluindo o ágio) e passivos (incluindo o empréstimo tomado com pessoa jurídica no exterior) foram sucedidos pela Expresso Mercúrio.*
- vi. Da improcedência do argumento relativo à “falta de propósito negocial”, posto que:
- ✓ (...) *o propósito negocial para a aquisição da Expresso Mercúrio está relacionado com “a intenção do Grupo TNT – reconhecido grupo empresarial do ramo logístico, com atuação em diversos países do mundo – de expandir a oferta de serviços no Brasil, mormente no ramo de transporte rodoviário de cargas e encomendas (no qual a Expresso Mercúrio era uma das principais empresas do mercado brasileiro) de modo a consolidar a posição do Grupo TNT como líder no setor de logística e transporte de cargas e encomendas no Brasil.”;*
 - ✓ a existência da TNT TWO estava relacionada à implementação da estratégia de negócios do Grupo TNT no Brasil, como atividade preponderante, a prestação de serviços de transporte rodoviário, diferente da TNT Express Brasil Ltda, cuja atividade preponderante era o serviço de courier (transporte expresso internacional, porta a porta) e estava impedida de ter outra prestação de serviço preponderante que não fosse aéreo, por determinação de normas legais e infralegais da RFB.

- vii. Esse CARF já reconheceu, por maioria de votos, a legitimidade da operação em questão, afastando a glosa das despesas com amortização do ágio em autuação, envolvendo anos-calendários anteriores (2012 e 2013), nos autos do Processo Administrativo n. 16561-720.071/2017-63.

A PGFN apresentou contrarrazões contra o Recurso Voluntário pactuando com os entendimentos externados tanto pelo Fisco, bem como pela Decisão de Primeira Instância, no que tange à impossibilidade de dedução do ágio registrado pela Contribuinte, em razão do não cumprimento das condições e requisitos impostos pela legislação. Citou doutrina e jurisprudência administrativa que legitimam seu entendimento. Das argumentações e fundamentos apresentados, merecem destaque os seguintes pontos:

- i. Para que a despesa com a amortização antecipada do ágio seja dedutível tributariamente, um dos requisitos é que haja a confusão patrimonial prevista no art. 386, do RIR/99, quer dizer (...) *encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que haja o encontro entre o **real investidor e a real empresa adquirida**. Isso porque, **só assim pode-se considerar perdido o investimento realizado**;*
- ii. (...) *Tal constatação é obtida em face da seguinte expressão utilizada pela legislação: “na qual detenha participação societária ADQUIRIDA com ágio”. Vê-se que o verbo adquirir é utilizado pela norma em seu sentido econômico, ou seja, decorrente de uma espécie de compra e venda, oriundo de um sacrifício patrimonial. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 estabelece que a dedução do ágio somente é autorizada quando a pessoa jurídica ADQUIRIDA for incorporada ou incorporar a sua controladora;*
- iii. (...) *Desta feita, ao contrário do que defende a recorrente, não se está diante de uma situação em que a legislação não veda uma possibilidade fática, mas sim de uma situação em que a legislação não a autoriza;*
- iv. (...) Nos termos do artigo 386 do RIR/99, **investida não é a empresa que simplesmente é transferida, mas sim aquela cuja negociação efetivamente levou o adquirente a pagar a “mais valia”, e cuja incorporação, por exemplo, levará à presunção de perda do investimento adquirido, isto é, à união do patrimônio do investidor com o patrimônio da investida;**
- v. No presente caso, a MERCÚRIO é a investida, e a real investidora é a TNT SPAIN, visto que é de onde advém a maior parte dos recursos, a recorrente defende que o investidor é a TNT TWO, o que afastaria a glosa das despesas com amortização do “ágio MERCÚRIO”;
- vi. (...) Nesse contexto, se a TNT TWO não tinha condições financeiras para figurar como adquirente das ações da MERCÚRIO S.A., não há como tratar aquela pessoa jurídica como “real adquirente” do investimento que gerou o ágio. Igualmente, a incorporação da TNT TWO pela MERCÚRIO S.A. não resulta em confusão patrimonial entre a “real investidora” e o investimento adquirido, para fins da dedução fiscal de ágio prevista nos art. 7º e 8º da Lei no 9.532, de 1997. Portanto, vê-se que o contribuinte não cumpriu um dos requisitos

legais para a dedutibilidade do ágio. Isso porque, mesmo após a incorporação da TNT TWO, **o investimento adquirido (MERCÚRIO S.A.) permaneceu independente do patrimônio do investidor (TNT SPAIN); e**

- vii. Ante o exposto, demonstra-se o não cumprimento de um dos principais requisitos à dedutibilidade do ágio: a confusão patrimonial entre investida e investidora. Como visto, sem a ocorrência desse evento, não há como haver a presunção de perda do investimento adquirido, e, portanto, a autorização da dedução da despesa realizada. Por essas razões, deve ser mantida a glosa das despesas com a amortização do “ágio MERCÚRIO”.

Antes de nos inclinarmos na análise detalhada das questões relacionadas: ao uso da empresa-veículo e à tese do “real adquirente”, sobre os quais as glosas das despesas com amortização dos ágios sinalados se concretizaram, cotejando as argumentações dos litigantes com a dogmática, doutrina e jurisprudência administrativa consolidada que abarcam os temas, peço vênua para, em primeiro lugar, expor sobre as condições e requisitos que envolvem a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei 9.532/97, que disciplinavam o tema à época dos fatos geradores.

- b) Das Condições e Requisitos que Envolvem a Dedutibilidade das Despesas com Amortização de Ágio, nos termos dos Arts. 7º e 8º, da Lei 9.532/97

De início, podemos conceituar contabilmente o ágio, antes do advento da Lei 12.973/14, como a diferença entre o custo de aquisição de uma pessoa jurídica e o valor contábil do investimento. Tal **custo é realizado no presente com intuito de gerar um resultado no futuro**. Esse registro visa respeitar o princípio da correspondência entre receita e despesas, que possibilita que a empresa recupere o custo do ágio por meio de sua amortização conforme o resultado futuro se concretize.

Nessa quadra, ao utilizar o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), os efeitos de equivalência patrimonial são anulados pelo registro da despesa de amortização do ágio. Isso implica que o aumento do valor patrimônio líquido (PL) da controlada não ocorre por acréscimo de patrimônio, mas pela recuperação de um custo passado, ajustando as contas relacionadas ao ágio em prol de refletir o valor do investimento.

Destarte, no que toca ao **tratamento contábil do ágio**, trata-se de um ajuste de custo de aquisição de investimentos, considerando que a amortização do ágio reduz o valor do ativo investido e ajusta o PL da controladora. Assim a inclusão do ágio já amortizado no cálculo do custo de aquisição poderia gerar duplicidade e, por isso, apenas o ágio não amortizado deve ser considerado.

Ademais, não podemos deixar de registrar que, por ser um ajuste contábil, **a amortização do ágio é neutra em termos patrimoniais e fiscais, e não deve gerar efeitos**

tributários enquanto a receita de equivalência patrimonial não for tributada. Portanto, o valor do ágio amortizado deve ser deduzido do PL e, para fins fiscais, a despesas de amortização do ágio só terá impacto se a receita de equivalência patrimonial for tributada. Aqui peço vênua para colacionar as palavras de Jose Luiz Bulhões Pedreira¹¹ que ratificam a sobredita ilação:

Determinação do Lucro Real – As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio são em regra excluídas do lucro líquido do exercício para efeito de determinar o lucro real, porque têm a natureza de ajustamento (em função do capital aplicado na aquisição do investimento) da participação nos resultados da controlada ou coligada, que a investidora reconhece nas suas contas de resultado em decorrência do ajuste do valor de patrimônio líquido do investimento. Se o ajuste no valor do investimento não é computado na determinação do lucro real, a amortização do ágio ou deságio também não deve ser computada.

A contrapartida da amortização desempenha essa função na medida em que os valores que serviram de fundamento ao ágio ou deságio são realizados nos exatos montantes previstos. Assim, por exemplo, se a investidora pagou 100 de ágio pela totalidade das ações de uma companhia que tinha em determinado bem do seu ativo potencial de 100, quando esse lucro for realizado pela companhia será reconhecido nas contas de resultado da investidora através do ajuste no valor de patrimônio líquido da subsidiária. O débito da amortização do ágio nas contas de resultado da investidora compensa o ajuste no valor de patrimônio líquido, impedindo que a investidora reconheça como lucro do exercício o que é recuperação de capital aplicado na aquisição do investimento. O mesmo ocorre no caso de deságio que corresponde a prejuízo potencial: a amortização do deságio é crédito às contas de resultado que impede a investidora de reduzir o lucro líquido do exercício em função de prejuízo da controlada ou coligada do qual não participa, porque excluído do valor da participação societária por ocasião da aquisição. (g.n.)

Prosseguindo, no tocante ao tratamento fiscal do ágio, é salutar mencionar que, antes do advento da Lei nº 9.532/97, era regido apenas pelos arts. 20, 25 e 33, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com nova redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.730/79¹² -

¹¹ In: _____. Imposto sobre a Renda: Pessoas Jurídicas. Rio de Janeiro: ADCOAS JUSTEC. Ed. 1979. pp. 539/540.

¹² 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.

levando-se em conta os fatos aqui guerreados, consideraremos os textos dos artigos mencionados antes de terem suas redações alteradas pela Lei nº 12.973/2014. Em breve resumo, dispunham que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não eram computadas na determinação do lucro real, quer dizer, eram INDEDUTÍVEIS, salvo quando compunha a base de cálculo, à título de custo, para fins de apuração do ganho de capital, quando da alienação ou liquidação do investimento, em coligada ou controlada, avaliado pelo valor de patrimônio líquido.

O art. 385, do RIR/1999¹³, era basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que Contribuintes que

§ 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.

(...)

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

§ 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.

¹³ Art. 385. O Contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Os preceptivos preveem que o apontado ágio deve ser alicerçado em pelo menos um dos **três fundamentos econômicos**: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) **expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros**; ou c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Para melhor esclarecimento sobre as espécies de ágio, é engrandecedor citarmos lições de Jose Luiz Bulhões Pedreira¹⁴:

*Como os bens do ativo são registrados na contabilidade pelo custo histórico, é comum que a pessoa jurídica investidora se disponha a pagar pela participação societária valor superior ao de patrimônio líquido contábil. **Esse ágio é preço pago pelos lucros potenciais contidos em determinados bens do ativo da coligada ou controlada. Nesse caso, o fundamento do ágio deve ser especificado nos comprovantes do desdobramento para que, quando a coligada ou controlada realizar esses lucros, a investidora possa reconhecê-los na escrituração como recuperação de custo, e não como participação em lucro.***

--- omissis ---

*Ágio é a parte do custo de aquisição do investimento que corresponde ao **direito de participar em valores da controlada ou coligada que não se acham registrados na sua escrituração.***

*Assim, o ágio cujo fundamento é a diferença entre o valor de mercado e o contábil de determinados bens do ativo da afiliada é preço pago pela investidora para adquirir o direito de participar em lucros potenciais, ainda não reconhecidos pela afiliada. **O ágio cujo fundamento é o valor de rentabilidade da afiliada superior ao valor de patrimônio líquido contábil é preço pago pela investidora para adquirir o direito de participar nos lucros previstos. O ágio cujo fundamento econômico é fundo de comércio ou marca comercial ou industrial é preço pago***

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

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

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

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

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

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

¹⁴ Op. Cit. pp. 516, 533/534.

pela investidora para adquirir o direito de participar do valor desses intangíveis da afiliada, que não se acham registrados na sua contabilidade.

*Sempre que seu fundamento é identificado e quantificado, o ágio deve continuar registrado como elemento do ativo da investidora enquanto existir, na controlada ou coligada, o valor que o justificou, ou seja, que constitui (indiretamente) o objeto da aplicação de capital. **À medida em que a afiliada realiza esse valor, a investidora recupera (através da participação nos lucros) o capital aplicado; e se a afiliada realiza valor menor do que o pago pela investidora, esta deve reconhecer na sua escrituração a perda do capital aplicado. (g.n.)***

Prosseguindo, ambas as disposições legais, ao afirmarem que o destinatário das regras é o Contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial, segundo o qual as variações nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora, disciplinados, sob o prisma fiscal, nos arts. 387 a 389 do RIR/1999¹⁵.

O art. 389 do RIR/1999 determina que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa, embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora. Caso a investidora tenha registrado ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou. Mas como foi tributada somente na coligada ou controlada, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora.

¹⁵ Art. 387. Em cada balanço, o Contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Conforme já pontuado, repetindo o texto do art. 25, do Decreto-Lei nº 1.598/77, o art. 391, do RIR/1999¹⁶, **estabelece que a regra geral é da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora quando avaliado o investimento pelo método de equivalência patrimonial.**

Contudo merece registro que há duas exceções a premissa lógico-jurídica de EXCEPCIONALIDADE do aproveitamento fiscal do ágio. **A primeira é indicada pelo próprio art. 391:** o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999¹⁷, que reproduz o disciplinado no art. 33, do Decreto-Lei nº 1.598/77, e complementa. Repiso, **diz respeito à apuração de ganho ou perda de capital.** Quer dizer, se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação.

No que tange a primeira exceção, merece transcrever trecho da obra de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹⁸:

De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.

Quanto a segunda exceção, que nos interessa mais diretamente, refere-se a transformações societárias envolvendo pessoas jurídicas, onde uma detém a participação na outra adquirida com ágio, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

¹⁶ Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

¹⁷ Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

¹⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

Nessa toada, com a publicação da Lei nº 9.532/97, especialmente o disposto nos arts. 7º e 8º, com redação dada pela Lei nº 9.718/98¹⁹ - que foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386²⁰ (que faz referência expressa a dispositivos do art. 385) -, regulamentados pela Instrução Normativa - IN SRF nº 11, de 10 de fevereiro de 1999 – revogada pela IN RFB nº 1.928/2020 - percebeu-se no mundo jurídico significativas alterações legislativas, nascendo no âmbito tributário a **possibilidade de amortizar o ágio surgido na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tenha sido a expectativa de resultados**

¹⁹ 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:**

(...)

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)

(...)

§ 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;

(...)

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

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

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

²⁰ Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

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

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

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

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

(...)

§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.

(...)

§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).

futuros, da coligada ou controlada, desde que o patrimônio seja absorvido por outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão. Ademais, o art. 8º, da Lei nº 9.532/97, estende a autorização em comento para as situações de **incorporação às avessas**, quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Acerca dessa outra forma de aproveitamento do ágio, novamente nos socorremos dos ensinamentos do autor EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO²¹:

Ocorre extinção de participação societária nos casos de fusão, cisão ou incorporação em que as ações ou quotas detidas não são trocadas por outras, ou seja, nos casos em que a sociedade que absorve o patrimônio destacado ou movido é também sócia naquela sociedade em que houve o destaque patrimonial ou o seu inteiro trespasse. Em lugar de novas ações ou quotas, a sociedade que recebe a parcela patrimonial recebe bens, direitos ou obrigações, que compõem o “acervo líquido”.

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, 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:

--- omissis ---

Sob o aspecto funcional, tais regras estabelecem procedimentos que devem ser adotados para as aquisições em que a sociedade investidora mantenha em sua escrituração contábil, ágio ou deságio na aquisição de investimentos em empresa que venha incorporar total ou parcialmente (caso de cisão parcial seguida de incorporação). Com isso, não mais é permitido que o valor de um ágio pago na aquisição de investimento possa ser totalmente amortizado, quando da aquisição se segue a fusão, ou incorporação pela investidora, da sociedade investida. Na verdade, nessas hipóteses, não havia simples amortização de ágio, mas efetiva baixa do valor, como ganho ou perda de capital.

(...)

As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas.

Nessa linha intelectual, extrai-se das normas supra, que é introduzido no normativo pátrio a segunda exceção à indedutibilidade das amortizações de ágio, autorizando que sejam consideradas na apuração do lucro real, nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão. A referida dedução deveria ser feita com base nos valores registrados na contabilidade, visto que os valores

²¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 473/480.

do ágio por rentabilidade futura deveriam ser contabilizados em conta do Ativo Diferido, tornando desnecessário o Lalur como bem esclarece o enunciado do art. 2º, da IN SRF nº 11/99.

Art. 2º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese de que trata esta Instrução Normativa, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica, não se lhes aplicando a norma do parágrafo único do art. 334 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto No 1.041, de 11 de janeiro de 1994 - RIR/94.

Havendo subsunção à previsão supra, ocasião em que a adquirente absorve patrimônio da adquirida, ou vice-versa, as amortizações serão dedutíveis à razão de no máximo um sessenta avos por mês do período de apuração. Este prazo poderá ser superior a sessenta meses, inclusive podendo ser o prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público, consoante enunciado do § 5º, do art. 1º, da IN SRF nº 11/99.

§ 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 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.

Pelo exposto, resta hialino que a possibilidade de dedução das amortizações em caso de incorporação é uma exceção à regra da indedutibilidade e, como tal, deve ser interpretada com a devida acuidade, de modo que se aplique somente aos casos que o legislador pretendeu desonerar.

Neste ponto, peço vênia para discordar do entendimento daqueles que defendem que a sinalada dedução trata-se de uma benesse tributária – benefício fiscal - e, por conseguinte, sobre ela recairia o pressuposto de observância estrita dos requisitos legais, típica das situações em que há qualquer espécie de renúncia fiscal, expressamente previsto no art. 111 do CTN²². Tal ilação está alicerçada no fato dos benefícios fiscais, albergados pelo apontado preceptivo, ser concedido com base em características pessoais do Sujeito Passivo que o distingue dos demais, diferente do direito a amortização que não comporta essa distinção dentre os requisitos que possibilitam a dedução.

Para melhor esclarecimento sobre essa questão, apresento excertos do Acórdão nº 1201-006.257, cujo relator foi o Ilustre Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, que traz visão com a qual pactuo:

²² Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

- I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
- II - outorga de isenção;
- III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Aqui cabe uma digressão em relação ao entendimento trazido pela Procuradoria da Fazenda no sentido de que essa antecipação configuraria um benefício fiscal e, portanto, o texto legal deveria ser interpretado literalmente.

*Eu discordo desse entendimento, pois o **benefício fiscal é regra que faz uma distinção entre pessoas que, em princípio, deveriam ser tributadas pelo mesmo critério.** Tal distinção se justifica pela necessidade, por exemplo, de incentivar determinada atividade econômica ou incentivar o desenvolvimento de determinada região geográfica. Saliente-se que essa distinção tem caráter pessoal, razão pela qual exige um reconhecimento expresso por parte do Estado.*

***Na lei que autoriza a antecipação da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não há uma distinção entre pessoas, seja pela sua localização, seja pela sua atividade econômica ou por outra característica pessoal.** A hipótese legal da referida antecipação é a incorporação entre adquirente e adquirida, caso em que o ágio pago não poderia reduzir o ganho de capital apurado em futura liquidação da participação societária, pois o patrimônio de ambas se funde (confunde) com a incorporação e não há mais como apurar a equivalência patrimonial, necessária para o cálculo do ganho de capital. Para evitar essa possível perda, que desestimula as aquisições entre empresas, a lei criou uma nova hipótese de amortização do ágio, que não depende de uma liquidação do bem adquirido, mas apenas da sua incorporação ao patrimônio da adquirente e vice versa. Entendo que tal medida implementa uma política tributária que estimula a mobilidade econômica no âmbito corporativo, mas não se confunde com um benefício fiscal. Não é coincidência o fato de essa lei (Lei nº 9.532/1997) ter surgido no momento em que o Governo Federal estava realizando um amplo e profundo processo de privatização das empresas estatais, assim necessitando que a iniciativa privada fosse estimulada a adquirir as empresas estatais colocadas à venda. (g.n.)*

Nesse diapasão, partindo dos textos normativos – normas legais e infralegais, bem como contábeis - que dispõem sobre a escrituração do ágio e a sua possibilidade de uso como dedução do lucro, e tomando como lições decisões deste Tribunal, tanto da câmara alta como da baixa, alinho-me ao entendimento que devem ser considerados os requisitos, abaixo relacionados, quando da análise das operações societárias que dão origem ao ágio e, por conseguinte, legitimam a sua dedutibilidade:

- i. Avaliação do investimento baseada no Método de Equivalência Patrimonial – MEP, nos termos do art. 248, da Lei das S/A;
- ii. Operações com propósito comercial – Há necessidade da demonstração que a negociação envolveu outros motivos de natureza econômica, além da simples economia tributária. Ou seja, deve ser demonstrada a lógica econômica, a razão comercial que justificou a aquisição de um investimento por valor superior àquele que custou ao alienante e, portanto, deu origem ao ágio, respeitados os princípios da boa-fé e da função social da empresa;

- iii. Comprovação do sacrifício patrimonial – Deve estar comprovado nos autos que houve o efetivo sacrifício patrimonial para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente. Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada – desembolso de valores ou sacrifício de outros ativos à título de investimento - por alguma das pessoas jurídicas participantes da operação (em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento adquirido - desdobramento do custo de aquisição), cuja prova é robustecida caso demonstrado o auferimento do ganho de capital por parte da vendedora. De outro giro, se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma delas, quer dizer não houve o esperado sacrifício econômico ou financeiro, não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio em questão;
- iv. Confusão patrimonial entre as pessoas jurídicas adquirente e adquirida – Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelas positivamente multicitadas, a pessoa jurídica que concretamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da adquirente pela adquirida) ou ser incorporada pela adquirida (incorporação "às avessas"). Quer dizer a desoneração é prevista, portanto, exclusivamente para a hipótese em que uma empresa deixa de existir em razão do evento societário. Desse modo, ao compartilharem o mesmo patrimônio, há harmonização das contas entre a investidora e a investida e consolida-se o cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento, baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o Contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia";
- v. Existência de demonstração que o fundamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura – Nos termos do inciso II, alínea "b", e § 3º, ambos do art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, demanda-se, em favor de corretamente configurar o valor do ágio que pode ser escriturado, que exista, no momento da aquisição, um instrumento – devido a falta de disciplina o Contribuinte tem ampla liberdade na forma como comprovará a fundamentação adotada – que revele o valor da rentabilidade futura do investimento para fins de formação do ágio e sirva como documentação dessa motivação; e
- vi. Operação deve ser realizada entre partes independentes: Partindo da premissa lógico-jurídica de que a dedução das despesas com amortização do ágio é uma exceção, pois a regra é a indedutibilidade, o dispêndio correspondente ao ágio oriundo das operações entre partes relacionadas – "ágio interno" ou "ágio de si mesmo" – é indedutível: primeiro, face não restar evidenciado nesses casos o **princípio arm's length**, presente em várias normas do sistema jurídico nacional, o qual é exigido para a oponibilidade dos efeitos das operações negociais, notadamente intragrupo, com intuito de impedir artificialidades e

abusos; segundo, pelo fato de só haver **preço (custo) pago** e, por consequência, **aquisição**, quando há intervenção de terceiro e efetiva transmissão de propriedade do direito; e, terceiro, por só haver **ágio por rentabilidade futura** quando um terceiro reconhece esta possibilidade – lucro que se espera vir a ser auferido no futuro - e por ela antecipadamente paga.

Conclui-se da sobredita exposição que, nos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, é essencial a verificação do pleno preenchimento dos requisitos elencados para que seja legitimada a escrituração do ágio e a dedutibilidade das despesas decorrentes da sua amortização. Dessarte, referenciado neles que vamos alicerçar nossa análise a seguir, no que toca aos pontos fulcrais que justificaram as glosas combatidas: uso de empresa-veículo e ausência de confusão patrimonial entre “real adquirente”.

c) Do Ágio Resultado de Operação com o Emprego de "Empresa-Veículo"

Inicialmente, ao apreciar a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados com o fito de produzir economia fiscal, é salutar e porque não dizer moralizador, que a Autoridade Fiscal se alicerce em régua talhada com critérios exclusivamente previstos na legislação em vigor, dado ser esta a revelação do interesse público, diretriz maior da Autoridade Pública, em especial a Administração Fazendária. Melhor dizendo, deve-se abster de interesses subjetivos fomentados por motivos pessoais, ideológicos, preconceituosos, crenças religiosas ou teses alienígenas, sob pena de cometer violação aos sagrados princípios da livre iniciativa e estrita legalidade, que além de norteadores da tributação, constitui-se em valores fundamentais zelados por nossa Carta Magna.

Partindo dessa premissa, o denominado “planejamento tributário” – que não é raro o objetivo ser confundido com ações legítimas em prol da redução da carga tributária (elisão fiscal) – encontra limites na **fraude (ou condutas fraudulentas)** e nas hipóteses de **simulação**. Tal ilação é ratificada pelo próprio Codex Fiscal (art. 149, VII²³), ao prever a revisão de ofício do lançamento nas situações que reste comprovado que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com **dolo, fraude ou simulação**.

Nessa senda, para que prospere a acusação de evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo, requer-se que esteja comprovada a FRAUDE, cujo pressuposto é a constatação do dolo, ou caracterizada a SIMULAÇÃO. Neste último caso, em prol da busca pela verdade

²³ 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;

material, a legislação tributária federal (art. 116, do CTN²⁴), além de conferir poderes ao Fisco para requalificar atos ou negócios jurídicos simulados (mais precisamente o seu viés, a dissimulação), autorizou que lei ordinária crie outros critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a consubstanciar o ordenamento jurídico com as chamadas normas antielisivas.

Neste ponto, para melhor compreensão e aprofundamento sobre o tema, não podemos olvidar de registrar **que não existe lei antielisiva** que proíba o uso de empresas *holding* tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio, quanto para serem extintas pelas investidas.

Em suma, a simulação ou a fraude se constituem nas figuras que demarcam os limites essenciais à aferição da legitimidade da economia tributária comumente almejada em transações societárias que impliquem no surgimento do ágio. Em outras palavras, caso não reste comprovada a fraude ou caracterizada a simulação (dissimulação), **nos aproximamos da percepção de que existe um propósito negocial e nos afastamos de eventuais alegações de abuso**, permitindo-nos deduzir que estamos diante de um planejamento tributário inoponível ao Fisco - hipótese de elisão fiscal - cuja juridicidade encontra albergue nos princípios da livre iniciativa e legalidade.

Ao nos debruçarmos especificamente na interpretação do que seja simulação (ou seu viés dissimulação), nos deparamos com as dificuldades de sua conceituação. Tal dedução deve ser uma das razões que levaram Marco Aurélio Greco²⁵ a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

Inclusive, segundo professor Sérgio André Rocha²⁶, só a análise da situação concreta permitirá revelar se houve ou não ato ou negócio simulado:

... 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.

Dessarte, diante da complexidade que envolve a definição do conceito de simulação, sem qualquer pretensão de exaurir a questão, permito-me valer dos fundamentos

²⁴ 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 verifiquem 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)

²⁵ Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

²⁶ Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

aduzidos pelo ilustre Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, no Acórdão nº 9101-006.486, os quais adoto:

Com efeito, a grande dificuldade do intérprete autêntico é a de livrar-se do apriorismo conceitual acerca da definição do conceito de “simulação”, que não necessariamente pressupõe uma “vontade consciente” (dolosa) de enganar terceiros, podendo se fazer presente também quando ausente a intenção consciente de mentir. Senão, vejamos:

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 Ferrara²⁷, 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 diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é indispensável por razões que as levam a simular²⁸.

Esse questionamento deu origem à teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista – e que, ainda conferindo enfoque subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possuiria significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deveria ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma declaração dirigida ao público e uma contradecaração para conhecimento restrito delas (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, então, não seria um negócio inexistente, mas sim uma espécie de negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem corresponderia a um ato doloso e aparente. Desta forma, a contradecaração não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório. Ademais, os críticos esclarecem que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade²⁹.

Nesse contexto, vale frisar que a limitação ou restrição do conceito subjetivo de simulação passou a ser colocada em xeque, o que levou ao desenvolvimento da dita teoria objetivista (ou teoria causalista).

²⁷ A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

²⁸ Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

²⁹ Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

Francesco Carnelutti³⁰ 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, inadequação esta que decorre da circunstância de um ato ser querido para o atendimento de interesse diverso ou incompatível com os seus respectivos efeitos jurídicos.

Sob esse enfoque, todo ato ou negócio jurídico tem uma causa jurídica – ou “função típica”, que corresponde aos efeitos jurídicos que o Direito espera do negócio celebrado. A causa, pois, equivale às conseqüências jurídicas inerentes a cada tipo negocial.

Na visão de Orlando Gomes³¹, 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.

Segundo Emílio Betti³², também expoente da tese objetivista, e que não raramente costuma ser citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Constatado, então, um desvio da função instrumental do contrato, também estaríamos diante de uma simulação (objetivamente considerada, portanto).

Para Heleno Tavares Torres³³:

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. Segundo seu magistério³⁴:

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 diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer a

³⁰ Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

³¹ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

³² Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

³³ Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142

³⁴ 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.

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 Júnior³⁵. Após criticar a ideia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, o autor 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 estipula.³⁶

Quanto à classificação da simulação pelo fim a que ela se presta, há uma certa convergência na doutrina. Assim, se é a própria simulação a relação jurídica estabelecida entre as partes, fala-se em simulação absoluta. Caso, porém, se tem por finalidade a celebração de um negócio para acobertar um outro típico, fala-se em simulação relativa.

Na simulação absoluta, então, as partes criam um ato ou negócio que não é verdadeiro, produzindo, em prol de interesses particulares, uma ilusão aos olhos de quem vê. Já na simulação relativa diz-se que as partes celebram um negócio – o simulado - para encobrir outro – o dissimulado.

Reveladas as características, enfoques e limitações das teorias voluntarista, declarativista e causalistas que se propõem a conceituar ato ou negócio simulado, como também a classificação da simulação pelo fim a que se destina – absoluta e relativa -, é construtivo visualizar a simulação sob o prisma do direito positivo.

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 inseriu a simulação no capítulo “Da Invalidez do Negócio Jurídico”, passando a ser causa de nulidade do negócio jurídico, nos termos do art. 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.

³⁵ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

³⁶ 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”.

§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.

É mister destacar que, através do sinalado preceptivo, o legislador civilista integrou a simulação ao sistema normativo nacional, particularmente o de natureza tributária, aglutinando duas teorias: a voluntarista e a causalista. Embora não tenha enunciado ao mundo jurídico uma definição do que seja simulação, no primeiro parágrafo evidencia três hipóteses de sua ocorrência, classificadas por Luiz Carlos de Andrade Júnior³⁷ como: simulação subjetiva (§ 1º, I); simulação objetiva (§ 1º, II); e simulação de data (§ 1º, III).

Nessa linha cognitiva, a simulação resta caracterizada no que toca a primeira hipótese (§1º, inciso I), quando se constata a interposição fraudulenta ou fictícia, ou seja, quando o interposto figura como “laranja”, “testa de ferro”, “empresa de prateleira” ou “empresa de fachada”, limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado. No caso da segunda (§ 1º, inciso II), ocorre quando verificamos declaração não verdadeira emitida pelas partes seja de forma consciente, isto é, com emprego de conduta dolosa ou fraudulenta; ou inconsciente (culposa), na hipótese do Sujeito Passivo se valer de tipos ou institutos jurídicos que não atendam sua causa ou finalidade. Por fim, no que tange a terceira (§ 1º, inciso III), detecta-se quando o aspecto temporal do negócio é aparente, isto é simulado para o passado (antedatado) ou para o futuro (pós-datado).

Outrossim, repiso, considerando que a simulação se trata de um instituto limitador, juntamente com a fraude, de planejamentos tributários, ao interpretarmos a multicitada positivação, permite-nos inferir que ao Fisco foi autorizado negar a eficácia de atos e negócios jurídicos simulados, e, por conseguinte, requalificar juridicamente os fatos declarados, contanto que comprove a existência de: a) interposição fictícia ou fraudulenta de pessoas; ou b) uma mentira consciente ou que há descompasso entre o ato/negócio praticado e a sua respectiva finalidade jurídica.

Com efeito, em cada situação fática, **cabe a Autoridade Fiscal evidenciar as circunstâncias e carrear os autos de elementos probatórios convincentes de que esta perante a uma situação em que foi adotada uma estrutura simulada como meio de gerar economia tributária.** Ou melhor, devem ser reunidos indícios substanciais e precisos que permitam o convencimento da existência de simulação apta a justificar a requalificação jurídica dos atos/negócios formalizados.

Transportando todas as considerações para o tema à epígrafe, é plausível obtermos respostas para alguns questionamentos. Primeiro, trata-se de uma situação antijurídica as

³⁷ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 112.

empresas *holdings* – empresas-veículo - receberem recursos de controladoras, localizadas no país ou no exterior, para adquirir empresas alvos (investidas) com ágio e, em seguida, serem extintas por incorporação? A empresa-veículo assim interposta possui causa jurídica? O Direito permite que uma empresa não operacional tenha como única finalidade criar as condições para o aproveitamento fiscal do ágio?

No meu sentir, todas as respostas são positivas.

Ora as comumente apelidadas empresas-veículo, são as *holdings*, sociedades que têm por característica essencial e objeto principal justamente a participação em outras empresas – em vez de atividade produtiva ou comercial -, inclusive pode ser criada com o fulcro de beneficiar-se de incentivos fiscais – embora, conforme entendimento exposto no tópico anterior, não é o caso do ágio -, em perfeita congruência com o preceituado no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76³⁸. Nessa linha, basta como prova da sua existência e do seu objeto social a apresentação do ato constitutivo, inscrição perante o Fisco e declarações dos sócios, quer dizer é dispensável a existência de estrutura física e de pessoal para operarem com autonomia.

No que diz respeito à duração de uma *holding*, mormente varia de acordo com interesse das partes e é cristalina a liberdade concedida por nosso Codex Civil para definição da sua duração e finalidade. À título de exemplo, destacamos o parágrafo único do art. 981³⁹ – que disciplina a Sociedade de Propósito Específico (SPE) – “a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”. Ou o art. 997⁴⁰, o qual estabelece que as cláusulas constantes dos atos constitutivos das empresas devem conter, além de cláusulas estipuladas pelas partes, a “denominação, objeto, sede e prazo da sociedade”.

Em resumo, observa-se que, no espectro jurídico, não há qualquer restrição no tocante à validade ou eficácia de existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração; de ser o capital social ínfimo ou robusto; e de ter objeto vinculado a operações mercantis, de prestação de serviço, produtivas, ou que sirvam como canais de investimento. A determinação dos fins sociais e econômicos encontra-se na seara de decisão dos sócios de empreender e buscar maximizar os resultados da empresa, claro sempre respeitando os limites legais.

³⁸ 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.

³⁹ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

⁴⁰ Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

(...)

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

A sobredita acepção está em consonância com a jurisprudência administrativa prevalente do CARF, especialmente na Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, conforme ementas abaixo transcritas:

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO 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 (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes. (Acórdão nº 9101-006.486, CSRF/ 1ª Turma, sessão de 07/03/2023)

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Não encontra respaldo na legislação a tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição. Não havendo norma dispondo de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço.

A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de “planejamento abusivo”, baseada em ausência “razões não tributárias” para a escolha de uma estrutura em lugar de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor. (Acórdão nº 9101-006.287, CSRF/ 1ª Turma, sessão de 13/09/2022)

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. EMPRESA VEÍCULO. REAL ADQUIRENTE.

A simples acusação de que se interpôs uma “empresa-veículo” na operação, divorciada da imputação de atos que caracterizem fraude ou prática de atos não verdadeiros, não é suficiente para dar ensejo à requalificação dos atos para fins tributários (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF). (Acórdão nº 9101-006.049, CSRF/ 1ª Turma, sessão de 04/04/2022)

Com efeito, restou hialino que a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe tipicidade e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive, repito, para fins de economia tributária.

Logo, **não há impedimento em admitir o uso de uma *holding* para servir de veículo em benefício de provocar a baixa de um investimento com o conseqüente gatilho para deduzir fiscalmente o ágio**, salvo se resultar constatado que se tratou de uma estrutura fraudulenta ou simulada.

d) Da Ausência de Confusão Patrimonial entre “Real Investidor” e “Real Investida”

Conforme relatamos, o Fisco, o Aresto Recorrido e as contrarrazões da PGFN, além de questionarem a dedutibilidade com base na tese da ilegitimidade de empresa veículo, também invocaram como fundamento da glosa a ausência de confusão patrimonial entre real investidora e investida, um dos requisitos legais extraídos dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, para legitimar a dedução fiscal sob julgo.

Em síntese, o racional aplicado é o seguinte: considerando (a) que os recursos utilizados na constituição do capital social das *holdings*, empregados por elas para pagamento do preço das aquisições societárias, foram transferidos por suas controladoras, estas sociedades, e não as empresas veículos, é que figurariam como **reais adquirentes**; e (b) que a norma fiscal vigente à época dos fatos geradores (artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997) condiciona a dedução fiscal do ágio à confusão patrimonial entre **a real adquirente e a investida (adquirida)**. Assim, concluem que não haveria que se falar em direito à amortização fiscal do ágio.

Por tudo que foi exaurido nos tópicos anteriores, tal silogismo só deve prosperar em situações que restem comprovadas a ocorrência de fraude ou simulação, o que possibilitaria, no último caso, desqualificar as empresas *holdings*. Essa inteligência é respaldada pelos seguintes detalhes de grande relevância: a) a constituição de empresas *holdings* para viabilizar investimentos encontra amparo legal; b) nesses casos não há que se falar em simulação por interposição de pessoas, ainda que taxadas de meras empresas veículos; e c) a origem ou fluxo dos recursos não se conforma em requisito para fins de reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

Malgrado a deficiência terminológica do termo “*real adquirente*”⁴¹, carece a tese de base legal. Veja-se o *caput* do art. 7º, da Lei nº 9.532/97, autorizava a dedução do ágio fundado na

⁴¹ 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). *É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de*

rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual **detenha** participação societária adquirida com ágio ou deságio*”. Ora o destinatário da apontada norma é aquele que DETÉM o investimento adquirido com ágio - ou a adquirida quando da incorporação reversa -, quer dizer o foco está no verbo DETER que revela algo passageiro, totalmente dissociado da fonte de recursos empregados na aquisição da *holding*.

Ademais, além da utilização pela lei da expressão “*na qual detenha participação societária adquirida*”, denota-se que o legislador intencionalmente não quis limitar a dedução ao supridor dos recursos utilizados na aquisição do investimento com ágio, ante a previsão expressa da possibilidade de ser realizada a incorporação reversa (cf. art. 8ª, da Lei nº9.532/97).

Em prol de robustecer a supradita acepção, é salutar carrear decisões da 1ª Turma da CSRF que consolidam entendimento contrário à tese do real adquirente, conforme ementas abaixo transcritas:

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

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. SOCIEDADE HOLDING. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO COM RECURSOS FINANCEIROS CAPITALIZADOS POR CONTROLADORA ESTRANGEIRA. ACUSAÇÃO DE QUE NÃO HOUE INCORPORAÇÃO ENTRE INVESTIDOR ORIGINAL E INVESTIDA.

Não subsiste acusação fiscal que busque glosar despesas com amortização fiscal de ágio sob o argumento de que deveria ser considerada como real investidora a sociedade estrangeira de onde originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição do investimento. A legislação tributária autoriza o registro do ágio pela pessoa jurídica que detém o investimento, podendo este ser amortizado a partir do momento em que tal sociedade incorpore a investida ou vice-versa (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF. (Ac. 9101-006.362. Rel. Cons. Livia De Carli Germano. Sessão de 08/11/2022).

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

A tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição não encontra respaldo na legislação em vigor. A menos que

serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

houvesse dispositivo legal dispondo de forma diferente, é de se considerar como "real adquirente", em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço. (Ac. 9101-006.374. Rel. Cons. Livia De Carli Germano. Sessão de 09/11/2022).

Por certo, corroborar com o racional de que o referido direito à dedução fiscal dos ágios seria do investidor (controlador nacional ou estrangeiro), focado na origem dos recursos, indiscutivelmente estaríamos colocando o intérprete na posição de Legislador, permitindo-lhe alterar a literalidade e conteúdo do texto legal, o que é insustentável juridicamente.

Resumindo, é inquestionável que o fluxo financeiro dentro do grupo adquirente não se constitui em requisito ou condição para legitimar a dedução da despesa oriunda da amortização do ágio, portanto, resta cristalino que **a tese do real adquirente ou ausência de confusão patrimonial entre o efetivo investidor e a investida não encontra amparo na legislação de regência, razão pela qual não pode ser acatada.**

e) Da Análise do Ágio Amortizado pela TNT MERCÚRIO

Consoante entendimentos externados relacionados aos temas: uso de empresa-veículo e real adquirente, **entendo que não merecem prosperar as glosas das despesas relativas ao ágio à epígrafe, e pugno pela reforma da decisão de piso** pelos seguintes motivos.

Inicialmente, impende registrar que deve permear toda a nossa análise a premissa de que não foi suscitada pelas Autoridades Fiscais, inclusive ressaltado pelo Aresto atacado, qualquer mácula quanto ao nascimento e registro do ágio, especialmente: o efetivo pagamento, a realização das operações entre partes interdependentes, tampouco a fundamentação econômica com base na expectativa de rentabilidade futura.

Nessa inteligência, lembrando o imo factual que provocou a glosa das despesas em questão, verifica-se que se restringiu a aquisição da MERCÚRIO por uma *holding* que foi criada exclusivamente para a concretização da operação em análise – TNT TWO - e não diretamente pela espanhola TNT SPAIN ou por outra empresa nacional, de propriedade do grupo TNT no Brasil, denominada TNT Express Brasil Holding. Destarte, inferiu a Fiscalização, corroborada pela decisão de piso e PGFN, que toda a operação consistiu em um **planejamento tributário abusivo**, visto que careceu de substância econômica a interposição da TNT TWO – **empresa-veículo** – na aquisição da TNT MERCÚRIO pela TNT SPAIN – **real adquirente**.

Quer dizer, segundo o Fisco, a criação e uso da multicitada empresa-veículo com o objetivo de transportar o ágio para Recorrente, pago na sua própria aquisição, mediante incorporação reversa, em verdade, tratou-se de **operações simuladas**, com propósito exclusivo de obtenção de vantagem fiscal, dada à **ausência do propósito negocial**. Além disso, em virtude de a real adquirente ter sido a investidora TNT SPAIN e a investida a MERCÚRIO, entendeu que não

ocorreu a necessária **confusão patrimonial** entre ambas, requisito essencial para dedutibilidade das despesas questionadas, nos termos do art. 7º, da lei 9.532/97.

De outro giro, ao apreciarmos a origem do ágio sob julgo, extrai-se do detalhamento da sua formação que foram satisfeitas todas condições e requisitos exigidos para legitimar a almejada dedutibilidade das despesas com suas amortizações. Vejamos.

No que toca à existência de **propósito comercial**, há justificativa da Recorrente nos autos de que a criação da TNT TWO visou atender a implementação da estratégia de negócios do Grupo TNT no Brasil de ter preponderância na prestação de serviços de transporte rodoviário, onde a MERCÚRIO tinha relevante participação no mercado nacional. Isto porque não poderia utilizar a TNT Express Brasil Ltda, cuja atividade predominante era o serviço de courier (transporte expresso internacional, porta a porta) e estava impedida de ter outra prestação de serviço principal que não fosse por modo aéreo, por determinação de normas legais e infralegais da RFB. Em outras palavras, seu papel não se restringiu a possibilitar uma futura incorporação entre adquirente e adquirida.

Outrossim, reitero, restaram demonstrados: a **avaliação do investimento baseada no MEP**; o **sacrifício patrimonial** – pagamento -, o **fundamento na expectativa de rentabilidade futura dos rendimentos**, a **realização da transação entre partes independentes**, e a **incorporação às avessas da adquirente pela adquirida**.

Notadamente, no que tange à necessária **confusão patrimonial**, que, sob a ótica do Fisco, não se verificou pois não se efetivou entre as pessoas jurídicas “real investidora” e “real investida”, já que a incorporada se constituía em empresa-veículo, também utilizado como razão das glosas das despesas correspondentes, ratificadas pela decisão de piso e pelas contrarrazões da PGFN, com a devida vênia, entendo que se trata de uma interpretação equivocada das referenciadas autoridades, diante do que exaurimos neste voto, dado que:

- ✓ compulsando os autos, sobeja cristalina a inferência de que a empresa TNT TWO se tratava de autêntica *holding* que recebeu recursos para adquirir empresa alvo (investida) com ágio, em perfeita consonância com o positivado no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76. Logo, por estar albergadas legalmente, não há que se falar em simulação por interposição de pessoas, ainda que taxada de mera empresa-veículos, quando são utilizadas em benefício de provocar a baixa de um investimento com o conseqüente gatilho para deduzir fiscalmente o ágio;
- ✓ em relação a essa espécie de sociedade, demonstrou-se que, no ambiente de aquisições societárias, sob o prisma jurídico, não há limitações, no tocante à validade ou eficácia, relacionadas: à duração; ao tamanho do capital social; e dela **servir como canal ou veículo de investimento**. Sinteticamente, desde que respeitados os limites legais, trata-se de definições que se encontram no espectro de decisão exclusivo dos sócios em prol de empreender e buscar maximizar os resultados da empresa; e

- ✓ a propagada tese da “real investidora” e “real investida”, além de carecer de base legal, só se admite que prospere, caso, em um ambiente negocial, se constate fraude ou caracterize uma hipótese de simulação, o que permitiria a desqualificação pela Autoridade Fiscal da empresa *holdings*, situação não percebida na espécie. Além disso, a origem ou fluxo dos recursos não se constitui em requisito para fins de reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

Nessa senda, diante de tudo que foi comprovado e apreciado neste voto relacionado à aquisição da empresa Expresso Mercúrio S/A pelo grupo internacional TNT, gerando o ágio apreciado, bem como tendo a própria lei reguladora permitido a **incorporação reversa** para fins de amortização da despesa glosada, entendo que a forma utilizada pela Recorrente para a realização das transações 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.

Isto posto, **oriento meu voto no sentido de que seja reformado o acórdão combatido para exonerar as glosas das despesas, nos anos-calendário de 2014 a 2016, com as amortizações do “Ágio TNT MERCÚRIO”.**

Dos Lançamentos Reflexos de CSLL

Quanto ao Auto de Infração de CSLL, decorrente das mesmas matérias fáticas descritas no Auto de Infração do IRPJ, em se tratando de tributação reflexa, deve ser observado, *mutatis mutandis*, o que foi decidido para o Auto de Infração principal, salvo se houver razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

DA CONCLUSÃO

Ante ao exposto, oriento meu voto no sentido de conhecer do RECURSO VOLUNTÁRIO e DAR-LHE PROVIMENTO, para rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, restabelecer a dedução das despesas com a amortização antecipada do ágio TNT MERCÚRIO e cancelar a recomposição dos saldos de prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL, decorrentes das glosas das despesas restabelecidas.

Assinado Digitalmente

Raimundo Pires de Santana Filho