



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



**Processo nº** 16561.720071/2018-44  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1201-003.693 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de março de 2020  
**Recorrente** SANOFI MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2015

**NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.**

Não ocorre a nulidade do auto de infração quando forem observadas as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional e os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - DECADÊNCIA**

O prazo decadencial para o lançamento decorrente de glosa de amortização de ágio é contado da data em que se dá a amortização e não da data em que o ágio é formado. Aplicação da Súmula CARF nº 116.

**ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RENTABILIDADE FUTURA DA INVESTIDA. COMPROVAÇÃO.**

Tendo em vista que a legislação vigente à época dos fatos geradores objeto dos Autos de Infração não regulamentava a forma, conteúdo e apresentação do demonstrativo do fundamento econômico do ágio pago na aquisição de participação societária, o contribuinte pode se valer de todos os meios de prova hábeis, inclusive de laudo elaborado dois meses após a operação de aquisição.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE “EMPRESA VEÍCULO”. LEGITIMIDADE.**

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa detentora do ágio por meio de fusão, cisão e incorporação.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio.

**ÁGIO. MAIS VALIA DE ATIVOS**

O contribuinte está obrigado a registrar todos os fundamentos econômicos por ele adotados para compor o ágio pago na aquisição de participação societária avaliada pelo método da equivalência patrimonial. Ainda que o contribuinte não tenha registrado como fundamento econômico do ágio o valor de mercado dos bens do ativo da empresa investida, este deve ser destacado quando a fiscalização demonstra que esse valor compõe o valor do negócio.

**ÁGIO. AUMENTO DE CAPITAL**

O aporte financeiro feito pela empresa investidora na empresa investida após a realização do negócio de compra e venda somente compõe o custo de aquisição e, conseqüentemente, o ágio dedutível quando o aporte foi pactuado entre as partes no momento da realização do negócio.

**ÁGIO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO NEGATIVO**

O valor da avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo método da equivalência patrimonial é zero quando a empresa investida apresenta patrimônio líquido negativo.

Em consequência, em uma aquisição de participação societária, o valor negativo do patrimônio líquido da empresa investida não compõe o custo de aquisição para fins de cálculo do ágio dedutível.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. GLOSA. LANÇAMENTO DECORRENTE DE CSLL.**

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se, no que diz respeito à amortização fiscal de ágio, à cobrança reflexa a título de CSLL.

**MULTA QUALIFICADA. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE. AFASTAMENTO.**

Descaracterizada a fraude alegada pela fiscalização, incabível a qualificação da multa de ofício.

**ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. MULTA OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA.**

A antecipação do tributo é uma obrigação acessória, exigível mesmo quando não há tributo a recolher na data do fato gerador. Assim, a antecipação não se confunde com a obrigação de pagar o tributo, sendo incomparáveis as suas bases de cálculo e, daí, não havendo impedimento para a exigência concomitante das duas sanções.

**ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DIGITAL (ECD). INEXATIDÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.**

O sujeito passivo que comprovadamente entregar escrituração contábil ou fiscal digital com informação inexata, sujeita-se a multa de 3% do valor erro, com valor mínimo de cem reais, como determina a lei.

**MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA SELIC. INCIDÊNCIA.**

Sobre a multa de ofício incidem juros de mora à taxa SELIC, de acordo com a Súmula CARF n.º 108.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em conhecer do recurso voluntário e: a) Por maioria, dar parcial provimento ao recurso voluntário, para fins de afastar parcialmente a glosa das despesas com a amortização do ágio, devendo ser mantida a glosa das parcelas do ágio indicadas no próximo item (item "b"). Vencidos os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, Allan Marcel Warwar Teixeira e Efigênio de Freitas Júnior, que mantinham integralmente a glosa

do ágio; b) Por voto de qualidade, em manter a glosa das despesas com a amortização do ágio referente às parcelas do aumento de capital (R\$ 544.669.278,00) e do valor total da *mais valia* atribuído a determinados ativos (R\$ 35.040.000,00); e manter a multa isolada por não recolhimento de estimativa. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (Relator), Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto e Bárbara Melo Carneiro, que afastavam integralmente tanto a glosa do ágio quanto à multa isolada; c) Por maioria, em afastar a qualificação da multa (de 150% para 75%). Vencido o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa; e d) Por unanimidade, em manter a multa por inexatidões na ECD. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Melo Carneiro e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

## Relatório

1. Trata-se de processo administrativo decorrentes de Autos de Infração (fls. 5.225/5.248) que exigem **(i)** IRPJ e CSLL, referentes ao ano de 2015, acrescidos de multa qualificada de 150% e juros; **(ii)** multa isolada sobre as estimativas apuradas; e **(iii)** multa administrativa por incorreção de informação na escrituração contábil digital (ECD), exigida nos termos do art. 16 da Lei n. 9.779/99.

2. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 5.183/5.223):

2. A presente fiscalização teve início com a ciência pelo contribuinte do Termo de Intimação Fiscal nº 01 em 02/05/2018. A ação fiscal foi aberta para o ano-calendário de 2015, visando verificar a dedução de despesas relativas às amortizações de ágio registrado por ocasião da aquisição da empresa MEDLEY S/A INDÚSTRIA FARMACÊUTICA, CNPJ nº 50.929.710/0001-79 (**Medley 50**).

3. Esclareço que esta operação já foi objeto de autuação pelos processos nº 16561-720.005/2015-21 e nº 16561-720.006/2015-76, em cujos procedimentos foram glosadas as despesas de amortização de ágio no período de 2010 a 2012, e pelos processos nº 16561.720105/2017-10 e nº 16561.720106/2017-64, nos quais foram glosadas as despesas de ágio no período de 2013 e 2014.

4. Os processos nº 16561-720.005/2015-21 e nº 16561.720105/2017-10 são relativos à parcela do ágio registrada pela então Medley Comercial e Logística Ltda., CNPJ 10.588.595/0001-00, e os processos nº 16561-720.006/2015-76 e nº

16561.720106/2017-64 são relativos à parcela do ágio registrada pela então Medley Indústria Farmacêutica Ltda., CNPJ nº 50.929.710/0001-79.

5. No final de julho de 2014, a empresa Medley Comercial e Logística Ltda. incorporou a empresa Medley Indústria Farmacêutica Ltda., CNPJ 50.929.710/0001-79, e assumiu a atual denominação de MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA., CNPJ 10.588.595/0007-97.

6. Desta forma, a presente ação fiscal envolve as duas parcelas do ágio tratadas separadamente nos procedimentos anteriores. Por outro lado, tendo em vista que a presente ação fiscal e as ações fiscais anteriores possuem o mesmo objeto, e por economia processual, muitos dos documentos citados neste TVF foram obtidos a partir dos processos nº 16561-720.005/2015-21 e nº 16561-720.006/2015-76, e fazem parte do presente processo.

7. Nesta verificação fiscal foi constatado que, em vez da simples aquisição direta da **Medley 50** pela Sanofi-Aventis Participations, controladora do grupo situada na França, houve a utilização por parte do grupo Sanofi-Aventis de uma complexa reorganização societária para essa aquisição, envolvendo empresas de passagem, custo de aquisição inflado por aumento de capital e a divisão da **Medley 50** entre essas empresas de passagem. Tudo para dar uma aparência legítima ao aproveitamento da amortização do ágio, já inchado, como despesa dedutível.

3. Mais precisamente, as despesas com a amortização do ágio ocorreram no contexto da reorganização societária envolvendo as seguintes empresas:

- **MEDLEY 50 ou MEDLEY**: MEDLEY S/A INDÚSTRIA FARMACÊUTICA, CNPJ nº 50.929.710/0001-79 (em julho de 2014 esta sociedade foi incorporada pela Medley Comercial e Logística Ltda., que assumiu a denominação de MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA., CNPJ 10.588.595/0007-97 - Recorrente);

- **SANOFI 13**: SANOFI AVENTIS ANIMAL NUTRITION BRASIL LTDA., CNPJ 13.094.578/0001-04, posteriormente denominada SANOFI AVENTIS COMERCIAL E LOGÍSTICA LTDA. (**SACL**);

- **SANOFI 02**: SANOFI-AVENTIS FARMACÊUTICA LTDA., CNPJ 02.685.377/0001-57;

- **SANOFI 10 Com ou SACP**: SANOFI-AVENTIS COMERCIAL E PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 10.588.595/0001-00, posteriormente MEDLEY COMERCIAL E LOGÍSTICA LTDA. e atualmente MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA., CNPJ 10.588.595/0007-97;

- **SANOFI 10 Ind ou SAIP**: SANOFI-AVENTIS INDUSTRIAL E PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 10.496.038/0001-50; e

- **Lotpar**: LOTPAR IV PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 10.645.021/0001-18 (Lotpar), empresa holding representando a família Negrão, grupo de pessoas físicas (vendedores).

4. Antes da transação objeto do presente processo administrativo, o capital social da Medley 50 era integralmente detido pela Lotpar.

5. Em 14/03/2009 a holding operacional do Grupo Sanofi no Brasil (Sanofi-Aventis Comercial e Logística Ltda. - **SACL**) constituiu: (i) a Recorrente (à época **SACP**); e (ii) a Sanofi 10 Ind ou **SAIP**. Segundo a Recorrente, as empresas foram constituídas com o objetivo

de permitir a segregação das atividades desenvolvidas pela Medley em duas empresas distintas: uma com foco comercial e outra com foco industrial.

6. Assim, em momento anterior às operações objeto do presente processo administrativo, a estrutura societária da Medley e da Sanofi era a seguinte:

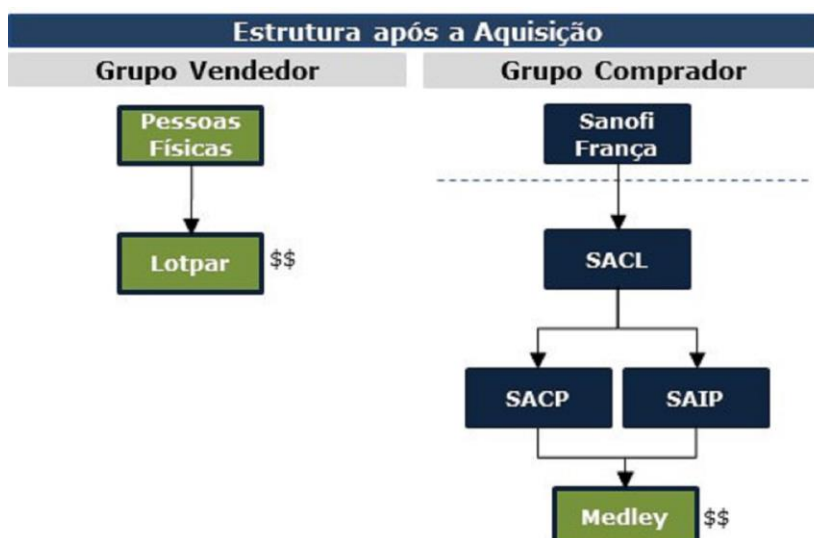


7. Em 07/04/2009 foi assinado o Contrato de Compra e Venda de Ações (doc. n.º 2 da Impugnação – fls. 5.351/5.389), pelo qual a Recorrente (à época **SACP**) e a **SAIP** se comprometeram a adquirir da Lotpar 100% das ações existentes e de novas ações de emissão da Medley pelo valor total de R\$1.499.999.999,46, sendo R\$ 955.330.721,46 pagos à Lotpar e R\$ 544.669.278,00 pagos para a própria Medley para aquisição de ações de sua própria emissão.

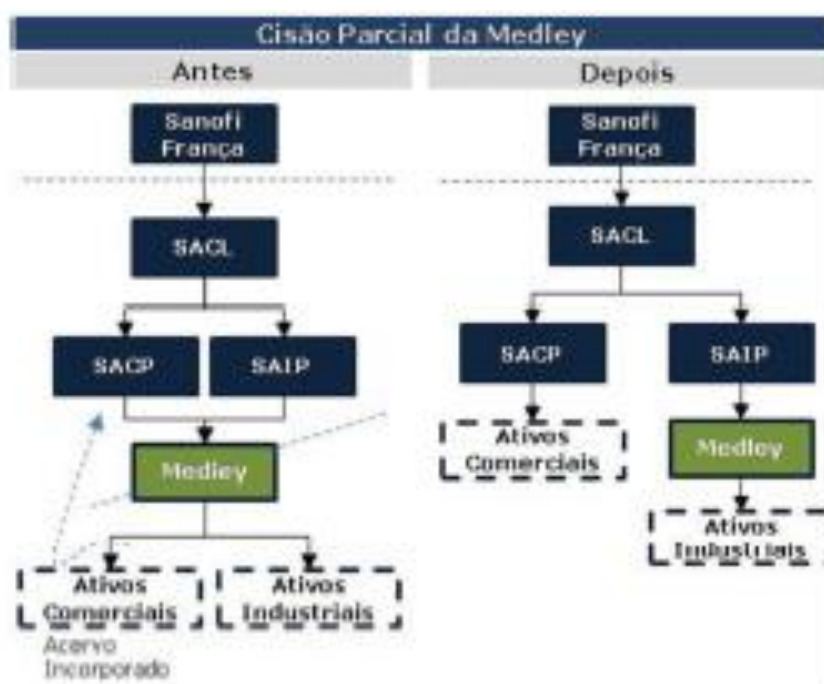
8. Na data do fechamento, 27/04/2009, a parcela do preço de aquisição pago à Lotpar foi dividida da seguinte forma: (i) a Recorrente (à época **SACP**) pagou R\$ 859.797.649,31 para aquisição de 90% das ações; e (ii) a **SAIP** pagou R\$ 95.533.072,15 para aquisição de 10% das ações.

9. Já a parcela do preço de aquisição paga para a Medley pela emissão de suas ações foi segregada da seguinte forma: (i) a Recorrente (à época **SACP**) pagou R\$ 490.202.350,00 (90%); e (ii) a **SAIP** pagou R\$ 54.466.928,00 (10%). Tal pagamento também ocorreu na data do referido fechamento, por meio de aumento do capital social da Medley no valor total de R\$ 544.669.278,00.

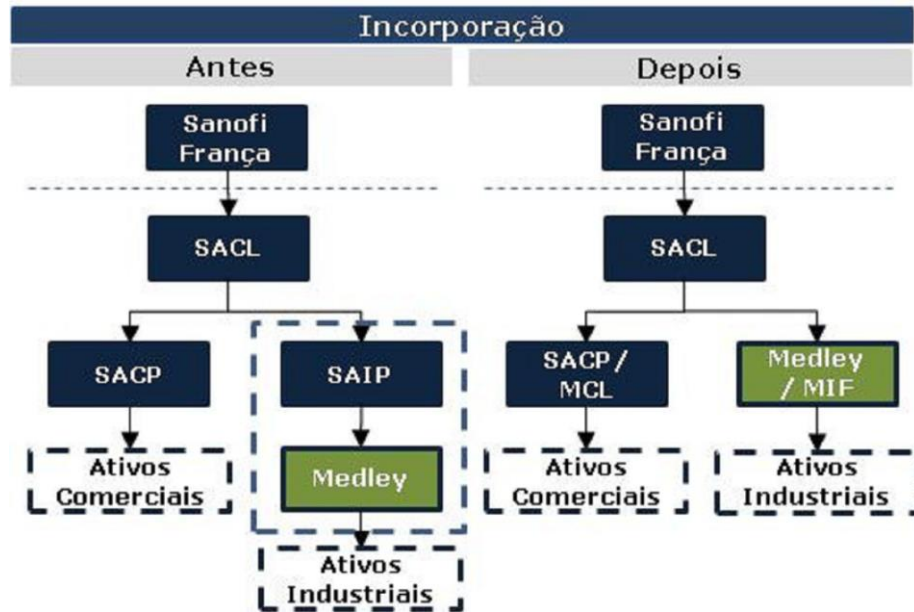
10. Após a aquisição, a **SACP** e a **SAIP** apuram ágio no valor de R\$ 1.464.045.705,80, valor este que sofreu ajustes em razão de obrigações (chamados de ajustes *earn-outs*) firmadas no Contrato de Compra e Venda para o pagamento de preço de aquisição adicional em benefício da Lotpar, totalizando R\$1.488.368.841,02. A estrutura após a aquisição pode ser assim demonstrada:



11. Em 30/11/2009 a Medley foi objeto de cisão, tendo havido a incorporação do acervo líquido cindido (ativos e passivos relativos à área comercial da Medley - 90% do total) na Recorrente (à época **SACP**), conforme resume o seguinte quadro:



12. Em 30/12/2009, a Medley (que então apenas detinha os ativos e passivos relacionados à atividade industrial dos negócios Medley - 10% do total) incorporou a SAIP, passando a estrutura a ser assim representada:



13. Posteriormente (em julho de 2014), a Recorrente (antiga **SACP/MCL**) incorporou a empresa Medley Indústria Farmacêutica (**MIF**), concentrando a dedução das duas parcelas do ágio para fins fiscais.

14. A fiscalização, contudo, considerou a amortização do ágio indedutível, o que ensejou a **glosa dessas despesas**, uma vez que:

(i) o demonstrativo acerca do fundamento econômico do ágio teria sido feito em momento posterior à aquisição, descumprindo, assim, o requisito previsto no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977 (cf. fls. 5.192 e seguintes) :

48. Para suportar a contabilização do ágio, a fiscalizada apresentou o Balanço Patrimonial de 27/04/2009 (Balanço Patrimonial de 27/04/2009, apresentado em 10/07/2012), que serviu de base para apurar o ágio, e o documento denominado “Medley S/A Indústria Farmacêutica - Laudo de Avaliação Econômico-Financeira – Data-base: 27 de abril de 2009” elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda.<sup>23</sup> Este Laudo está datado de 30 de junho de 2009, e já está considerando os efeitos do aumento de capital realizado pelos adquirentes, o que demonstra que **foi elaborado após a aquisição da Medley 50**.

49. Esse laudo apresenta um estudo de rentabilidade futura baseado em uma condição patrimonial bem diversa daquela em que se deu a aquisição, uma vez que a investida recebeu um montante de capital expressivo após a aquisição, no valor de R\$ 544.669.278,00.

50. O laudo elaborado pela Deloitte está baseado no Fluxo de Caixa Descontado a Valor Presente, que “se baseia no conceito de que o valor econômico de um negócio em marcha está diretamente relacionado ao valor presente dos fluxos de caixa líquidos gerados pela rentabilidade futura das operações da empresa”.

51. Consta do laudo que: “Entendemos que o propósito deste estudo é estimar o valor econômico para a totalidade das ações da Medley, visando **suportar o valor pago em sua aquisição** pela Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda. (‘Sanofi

*Comercial*) e pela *Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda.* (*'Sanofi Industrial'*). Note-se que o laudo visa suportar o valor já pago em sua aquisição.

52. Em 20/12/2012 apresentou estudo elaborado antes da aquisição da Medley S/A Indústria Farmacêutica, denominado “Medley – Valuation Summary”. Esse documento parece ser o estudo econômico para aquisição da Medley em comparação com as empresas do grupo investidor. Não há trabalho de conclusão e nem a identificação de quem elaborou o estudo. A intimação formulada era para apresentar o Laudo de Avaliação da Medley Farmacêutica, se existisse, elaborado por ocasião da sua aquisição conforme o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, visto que o Laudo apresentado foi elaborado após a data de aquisição.

53. Pela resposta apresentada, não há o Laudo de Avaliação da Medley elaborado em conformidade com o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Em sendo assim, não cumpriu um requisito para o registro do ágio.

(ii) houve indevida incorporação de parcela de *mais valia* de ativo no cálculo do ágio (cf. fls. 5.194/5.195):

56. O Laudo de Avaliação, na seção “Notas Importantes”, informa que a Deloitte “foi contratada pela Sanofi Comercial e pela Sanofi Industrial para preparar o presente Laudo de Avaliação Econômico-Financeiro da Medley, na data base de 27/04/2009, cujo objetivo foi suportar o valor pago na aquisição da empresa, com base na rentabilidade futura de suas operações. Adicionalmente estimamos o valor de mercado do ativo imobilizado da empresa, com a finalidade de mensurar a *mais valia* desses ativos”.

57. Segundo o Laudo, foram avaliados os seguintes grupos de bens: terrenos; construções civis e benfeitorias; máquinas, equipamentos e instalações industriais; móveis e utensílios; equipamentos de informática; e veículos. Foram realizados inventários em 100% das instalações administrativas e industriais das unidades fabris da Medley em Campinas e Sumaré.

58. A avaliação patrimonial dos bens estabeleceu os seguintes valores: valor de reposição, vida útil remanescente e valor de mercado. Os valores a mercado dos ativos imobilizados avaliados são os seguintes (valores em R\$ mil):

Denominação	Valor contábil	Valor a mercado	Mais valia
Terrenos	4.378	7.000	2.622
Edifícios e benfeit.	47.020	54.543	7.523
Máquinas, equip., inst.	36.831	57.691	20.860
Móveis e utensílios	1.177	1.334	157
Veículos	4.058	7.910	3.852
Informática hardware	1.257	1.292	35
<b>Total</b>	<b>94.721</b>	<b>129.770</b>	<b>35.049</b>

59. Em função da cisão da empresa na época, o valor da *mais valia* desses ativos também devia ser considerado na divisão. Embora, atualmente, a empresa esteja unificada novamente, com a incorporação em 31/07/2014 da Medley 50 pela Medley 10, a fiscalizada mantém o controle da amortização do ágio de forma separada. Conforme o Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da Medley25, do total do ativo permanente no valor de R\$ 136.855.795,23, apenas o montante de R\$ 7.092.123,81 foi transferido para a **Medley 10**, permanecendo o restante no ativo na empresa cindida, a **Medley 50**.

60. De acordo com a fiscalizada, “a *mais valia* é segregada entre os ativos cindidos e remanescentes, nos termos da regulamentação contábil e conforme estabelecido no Protocolo de Cisão e Incorporação”.

61. Dessa forma, a divisão da mais valia foi efetuada na proporção informada das parcelas cindida e remanescente:

	Ativo Permanente	%	Mais-Valia	%
<b>Total</b>	<b>136.855.795,23</b>	<b>100</b>	<b>35.049.000,00</b>	<b>100</b>
<b>Parcela Cindida (Medley 10)</b>	<b>7.092.123,81</b>	<b>5,2</b>	<b>1.822.548,00</b>	<b>5,2</b>
<b>Parcela Remanescente (Medley 50)</b>	<b>129.763.671,42</b>	<b>94,8</b>	<b>33.226.452,00</b>	<b>94,8</b>

62. O valor da mais valia dos ativos imobilizados não devem influenciar na apuração do ágio que pode ser aproveitado tributariamente, devendo ser registrado em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa e integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão, de acordo com o art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997 (art. 386 do RIR/99).

63. Assim, o valor da mais valia dos ativos imobilizados foram cindidos na mesma proporção dos ativos. Para a **Medley 10**, com uma parcela cindida de ativos de R\$ 7.092.123,81 foi considerada a mais valia de R\$ 1.822.548,00. E para a **Medley 50**, que teve a parcela de ativos no valor de R\$ 129.763.671,42, foi considerada a mais valia de R\$ 33.226.452,00.

64. Os valores de mais valia assim considerados foram reduzidos dos valores do ágio apurado pelas então Medley 10 e Medley 50, tratando-se, inclusive, de um erro reconhecido pela contribuinte:

*A diligenciada esclarece que, por um lapso, o ágio foi integralmente alocado como ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da adquirida.*

**(iii)** houve improbidade de se contabilizar ágio na operação de aumento de capital (R\$ 544.669.278,00),:

36. A então Medley Comercial e Logística Ltda. foi questionada sobre o registro do valor de R\$ 1.316.181.472,23 na DIPJ 2009, ano-calendário 2009 (situação especial de incorporação/incorporadora), informado na linha 27, relativa a Ágios em Investimentos, do Ativo Não Circulante – Investimentos, Ficha 36A – Ativo - Balanço Patrimonial. Da mesma forma, a então Medley Indústria Farmacêutica Ltda. foi questionada sobre o registro do valor de R\$ 147.864.233,14 na mesma linha da DIPJ 2009, ano-calendário 2009 (situação especial de incorporação/incorporada), da sua incorporada Sanofi Aventis Industrial e Participações Ltda., CNPJ 10.496.038/0001-50.

37. Esclareceram que tais valores se referem aos valores do ágio reconhecidos proporcionalmente à participação societária adquiridas na Medley S/A Indústria Farmacêutica e no seu aumento de capital. Apresentaram a seguinte planilha de pagamentos e valores13:

DATA DO PAGAMENTO	VALOR EM R\$ MEDLEY 10	VALOR EM R\$ MEDLEY 50	ORIGEM
27/04/2009	552.344.400,00	61.371.600,00	Artigo II, Cláusula 2.2 (i)
27/04/2009	254.070.000,00	28.230.000,00	Artigo II, Cláusula 2.2 (iv)
27/04/2009	29.699.749,31	3.299.972,15	Artigo II, Cláusula 2.2 (ii)
27/04/2009	11.193.300,00	1.243.700,00	Artigo II, Cláusula 2.2 (iii)
27/04/2009	12.490.200,00	1.387.800,00	Artigo II, Cláusula 2.2 (iii)
Pagamentos efetuados aos vendedores – compra secundária	859.797.649,31	95.533.072,15	Total pago na compra
27/04/2009	490.202.350,00	54.466.928,00	Age 27/04/09
Pagamentos ref. Aumento de capital – compra primária	490.202.350,00	54.466.928,00	Total aumento de capital
Investimento total	1.349.999.999,31	150.000.000,15	
Valor do PL na 2ª Etapa – Posterior a aquisição	54.189.181,12	6.021.020,34	
31/07/2009	20.370.654,47	2.263.406,05	Ajuste de earn-out
18/12/2009	-	1.621.847,28	Ajuste de earn-out
Preço adicional aos vendedores – ajuste de Earn-out	20.370.654,47	3.885.253,33	
Ágio DIPJ (preço secundário + preço primário + preço Earn Out – PL ao final da data de aquisição)	1.316.181.472,66	147.864.233,14	

38. Como se pode observar, o valor do aumento de capital de R\$ 544.669.278,00 (R\$ 490.202.350,00 + R\$ 54.466.928,00) foi considerado na formação do valor do ágio de R\$ 1.464.045.705,37 (R\$ 1.316.181.472,23 + R\$ 147.864.233,14) registrado pela aquisição da participação societária da Medley S/A Indústria Farmacêutica.

39. O valor do ágio foi posteriormente alterado em função dos ajustes do preço de compra, além do que já está considerado acima (chamados de ajuste de *earn-out*):

Movimentação	Valor (Medley 10)	Valor (Medley 50)
Saldo de Ágio em 31/07/2009	1.316.181.472,66	-
Ajuste Earn-out em 18/12/2009	14.596.625,52	-
Saldo de Ágio em 31/12/2009	1.330.778.098,18	147.864.233,14
Ajuste Earn-out em 02/02/2010	11.878.658,73	1.319.850,97
Ajuste Earn-out em 15/03/2010	- 3.124.800,00	- 347.200,00
Saldo de Ágio em 30/06/2010	1.339.531.956,91	148.836.884,11

(...)

65. Quanto ao aumento de capital que está sendo considerado como parte do ágio, o valor é bem mais significativo. O aumento de capital total na Medley S/A Indústria Farmacêutica (Medley 50) foi de R\$ 544.669.278,00, cabendo à então **Sanofi 10 Com** o aporte do valor de R\$ 490.202.350,00, e à então **Sanofi 10 Ind** o aporte do valor de R\$ 54.466.928,00.

66. Conforme a contribuinte, a então Medley S/A Indústria Farmacêutica foi adquirida através de uma operação secundária (compra de ações dos antigos acionistas) e uma operação primária (aumento de capital na adquirida). E que por força do art. 385 desdobrou o valor total de aquisição em patrimônio líquido (mensurado **após** a operação primária e secundária) e o valor do ágio.

67. Neste momento já há uma incorreção. O desdobramento do custo de aquisição em patrimônio líquido e ágio, em conformidade com o art. 385, diz respeito ao patrimônio líquido que **está sendo e foi** adquirido, o valor do patrimônio líquido **na época da aquisição**, e não ao patrimônio líquido **após** a aquisição. De acordo com o art. 385 do RIR/99, é preciso saber qual é o patrimônio líquido pelo qual se decidiu pagar um certo valor.

68. O valor do patrimônio líquido após a operação é importante para o caso de aumento de capital em investida avaliada pela equivalência patrimonial, a fim de se avaliar a situação da participação societária após a operação de aumento de capital, em que pode

ter ocorrido aumento, redução ou ter se mantido o mesmo percentual de participação, com ganho ou perda de capital. É o caso da fiscalizada.

69. Porém, o contribuinte considera que a compra da Medley e o aumento de capital são uma operação única, partes indissociáveis do investimento total realizado para aquisição da sociedade. A operação pode ser única no sentido de que o comprador conhecia a necessidade de capital para a empresa continuar operando. No próprio Contrato de Compra e Venda de Ações consta que o patrimônio líquido de referência (em 31/12/2008) tinha o valor negativo de R\$ 205.519.000,00.

70. O investidor necessitava do capital para a aquisição e necessitava de capital para garantir a continuidade da operação da investida. Porém, isso não confunde os dois momentos. A Medley foi adquirida por um valor pago aos vendedores, e nesse valor já está considerado o juízo de valor dos compradores sobre a viabilidade da empresa adquirida e a sua necessidade de aporte de capital. O aporte de capital é uma operação posterior à aquisição e decidida pelos novos dirigentes. Pode ser parte do investimento total necessário, porém, enquanto o preço de aquisição é transferido para terceiros interessados (os vendedores) que tiveram um ganho com isso (correspondente ao ágio apurado pelo comprador), o aumento de capital foi um recurso transferido para a própria empresa e não gerou ganho imediato para ninguém. Nesse momento, é apenas custo de investimento para a controladora.

71. De acordo com a Lei 6.404/76 também não é possível a confusão dos conceitos de alienação e aumento de capital. (...)

75. A despeito de considerar a aquisição da Medley e o aumento de capital como uma única operação, é interessante verificar que o aumento de capital só foi efetivado após o pagamento da aquisição e após a renúncia dos antigos dirigentes. Na mesma data de 27/04/2009, houve mais duas Assembleias Gerais. A primeira, AGO às 13h00, aprovou o balanço e demais demonstrações financeiras referentes ao exercício de 2008, ainda sem a finalização da auditoria das demonstrações financeiras que estava sendo feita pela KPMG. A outra foi a AGE às 13h30, que deliberou pela aceitação da renúncia dos membros do Conselho Consultivo e da diretoria da companhia, ainda sob o comando dos antigos sócios.

76. Vejamos a sequência dos pagamentos da aquisição<sup>34</sup>, da Ata da AGE que aumentou o capital e a efetivação do aumento de capital<sup>35</sup>, conforme os dados que constam dos comprovantes bancários de transferências:

Renúncia da Diretoria da Companhia e do Conselho Consultivo: 13h30

Pagamentos aos sócios anteriores da Medley: entre 14h29m30 e 15h34m57

Pagamentos a terceiros por ordem dos sócios anteriores: 16h18m41 e 16h21

Ata da AGE que aumentou o capital: 14h00

Aumento de Capital Social: 16h19min44 e 17h32min09

77. Percebe-se que a AGE foi aberta para a transferência dos recursos aos vendedores e somente após as deliberações serem tomadas, o que incluiu a troca da diretoria e do conselho consultivo, é que então houve a efetivação do aumento de capital. Essa sequência foi, inclusive, acordada entre os vendedores e os compradores, como se pode ver no artigo III – Fechamento, do Contrato de Compra e Venda de Ações.

78. O aumento do Capital Social somente foi efetivado após os vendedores terem sido pagos e expressamente terem deixado a empresa. O aumento de Capital Social foi efetivado já com o controle e o domínio da empresa pelo grupo Sanofi-Aventis.

(...)

81. A inexistência de ágio nesse aumento de capital fica bastante evidente ao considerarmos as condições dessa operação. O capital social da Medley S/A Indústria Farmacêutica por ocasião da sua aquisição pelo grupo Sanofi era de R\$ 65.099.780,00 dividido em 65.099.780 ações, perfazendo o preço unitário de R\$ 1,00 por ação. No entanto, a Sanofi-Aventis Participations, por intermédio das empresas veículo **Sanofi 10**

**Com e a Sanofi 10 Ind**, se dispôs a pagar aos seus antigos proprietários o montante de R\$ 955.330.721,46 por essas 65.099.780 ações, ou seja, pagou R\$ 14,67 por ação. Porém, no momento seguinte, a Medley emite novas ações, a serem subscritas pelos novos proprietários, pelo preço unitário de R\$ 1,00. Como é evidente, ao pagar R\$ 1,00 por um ativo que valia R\$ 14,67, não há ágio algum.

(...)

83. Outro fator a desmentir a possibilidade de se registrar ágio neste aumento de capital é a estrutura societária da empresa. Não há terceiros na sociedade que pudessem auferir o “ganho” representado pelo ágio (a “perda”) registrado pelo subscritor. Os sócios da empresa nessa ocasião eram a Sanofi-Aventis Comercial e Participações, com 90% de participação, e a Sanofi-Aventis Industrial e Participações, com 10%. Esses percentuais foram respeitados também no aumento de capital. O aumento de capital total foi de R\$ 544.669.278,00, com a Sanofi-Aventis Comercial e Participações subscrivendo 90% desse total, ou seja, R\$ 490.202.350,00, e a Sanofi-Aventis Industrial e Participações subscrivendo 10% do total, R\$ 54.466.928,00.

(...)

86. Da forma como foi descrita a operação de aumento de capital pelo fiscalizado, teríamos, ainda, outra impropriedade. A operação não estaria seguindo a equivalência patrimonial. Ao aumentar o capital social da **Medley 50** nas parcelas de R\$ 490.202.350,00 e de R\$ 54.466.928,00, tais parcelas corresponderiam ao aumento do Patrimônio Líquido. Pela equivalência patrimonial, esses valores deveriam ser incorporados aos valores dos investimentos nos ativos das correspondentes investidoras. Porém, na operação realizada, ao analisarmos as contas de investimento das duas investidoras, tais valores não estão ali registrados, mas sim nas contas de ágio. Não haveria correspondência entre o patrimônio líquido da investida e as contas de investimento das investidoras.

87. Tal contradição não ficou evidenciada, uma vez que a investidora promoveu mudanças na contabilidade da investida durante o mês de abril de 2009, mesmo antes da aquisição formal, que tornaram o patrimônio líquido da adquirida em passivo a descoberto, como se verá na sequência. Este passivo negativo foi coberto pelo aumento de capital social.

(...)

89. Até o mês de março o PL estava positivo, sendo que se tornou negativo em abril, antes do aumento de capital social. As principais causas do passivo a descoberto foram a baixa da Reserva de Ágio (Litius), R\$ 268.580.815,76, e o Prejuízo apurado, que aumentou bastante, em R\$ 344.455.787,54 (500.954.217,59 - 156.498.430,05).

(...)

106. Nesta situação, o ágio está representado apenas pela diferença entre o custo de aquisição e o PL adquirido e existem despesas (de provisão e de equivalência patrimonial) no total do aumento de capital que não são dedutíveis. Aqui, a própria contabilidade orienta para que o aumento de capital não faça parte do ágio, mas ao contrário, que seja uma contrapartida para a provisão para perda com investimento. A orientação da CVM para a contabilização das situações de controlada com patrimônio líquido negativo se diferencia em que o patrimônio líquido negativo da controlada significa uma perda (despesa) para a controladora, enquanto que no caso em que a controlada é adquirida com patrimônio líquido negativo, essa perda não é reconhecida de imediato na controladora, mas diferida para o período da amortização do ágio.

107. Tal orientação tem o sentido de proteger os acionistas da adquirente, evitando que se reconheça uma perda imediata, já na aquisição, por um resultado que a adquirente não teve influência. Nesta última situação esquematizada, o resultado negativo da controlada é de responsabilidade da controladora, então deve ser reconhecido na sua contabilidade e, portanto, arcar com o resultado negativo através da provisão para perda com investimento e da despesa de equivalência patrimonial.

108. Porém, não há como negar que o aumento de capital é o mesmo em ambas as situações. Nos dois casos, teve a mesma função e a mesma natureza, ao permitir a continuidade das operações da controlada, uma vez que a controladora julgou que a controlada se recuperaria e voltaria aos resultados positivos. Contabilmente, pode haver motivos para essa diferenciação. Para a tributação, entretanto, isso não faz diferença. Não há previsão na legislação do IRPJ e da CSLL para que o fisco tribute menos a empresa que adquirir uma controlada que esteja com passivo a descoberto.

109. Além disso, no caso presente, não se pode perder de vista que o fato da empresa ter sido adquirida com passivo a descoberto decorre de uma negociação entre as partes envolvidas. O patrimônio líquido era positivo até março de 2009 e se torna negativo em abril de 2009, por adotar critérios do grupo comprador antes da compra ser efetivada. Em uma situação usual, a empresa teria sido transferida com o PL positivo que vinha apresentando e somente após a compra ser efetivada é que o grupo comprador aplicaria as suas diretrizes e, com isso, o PL se tornaria negativo. Em suma, apenas porque essa situação foi negociada entre as partes é que a empresa não teve o seu patrimônio líquido negativo já sob a nova controladora, o que tornaria mais evidente a impropriedade de se contabilizar ágio no aumento de capital.

110. Mesmo que se admita a possibilidade contábil de registrar o aumento de capital em controlada adquirida com passivo a descoberto como ágio e não como perda imediata, tal possibilidade não encontra o mesmo tratamento na legislação tributária. No RIR/99, não há referência a um tratamento diferenciado para o caso de aumento de capital, que permita uma dedução na apuração do lucro real.

(...)

117. Por fim, e apenas como hipótese para esgotar todas as possibilidades de ser gerado ágio nessa operação de aumento de capital, se constata que ainda que existisse ágio na situação em análise, tal ágio seria o chamado ágio interno, em vista das suas características, como a falta de um terceiro independente interessado na operação e a falta de um efetivo desembolso, afinal o que foi pago por uma empresa do grupo (a Sanofi 10 Com e a Sanofi 10 Ind) é o mesmo montante que entrou em outra empresa do mesmo grupo (a Medley), e que acabou por retornar para as mesmas empresas. Para a Sanofi 10 Com ao incorporar a parte cindida da Medley e com a parte remanescente da Medley ao incorporar a Sanofi 10 Ind.

118. Dessa forma, o valor do ágio contabilizado, e amortizado tributariamente, a partir do aumento de capital será adicionado na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL nesta fiscalização.

**(iv)** houve utilização indevida de empresa-veículo para o surgimento do ágio, sendo a real adquirente a controladora do grupo domiciliada na França (cf. fls. 5.207 e seguintes):

120. Como descrito anteriormente, o art. 386 traz a única possibilidade de computar a despesa de amortização de ágio na determinação do lucro real, que é a pessoa jurídica 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 385 do RIR/99, mesmo que a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

121. Com esse objetivo, adquirir a Medley 50 e posteriormente promover uma incorporação para buscar o enquadramento no art. 386 do RIR/99, ainda que apenas formalmente, o grupo Sanofi-Aventis adquiriu a totalidade da participação societária da Medley 50 utilizando duas empresas veículo. Como já descrito em item anterior deste Termo, as duas empresas veículo eram empresas de gaveta, uma denominada Relli Participações Ltda., que foi adquirida pela Sanofi 13 em 14/03/2009, com capital social de R\$ 1.000,00, não integralizado. A outra, denominada de Kolgua Participações Ltda.,

que foi adquirida pela Sanofi 13 em 14/03/2009, também com capital social de R\$ 1.000,00, não integralizado.

(...)

124. Sendo empresas de gaveta, sem operações, não desempenhando o papel real de uma empresa, não tinham como gerar recursos próprios, principalmente no prazo e no volume necessários para a aquisição da **Medley 50**. Tais recursos só poderiam vir de outra empresa do grupo Sanofi-Aventis.

125. E vieram da Sanofi-Aventis Participations, sediada na França, que proporcionou os recursos para que a **Sanofi 13** em 27/04/2009, ou seja, na mesma data de fechamento do negócio em que os recursos teriam que ser transferidos para os vendedores, aumentasse os capitais sociais das empresas veículo em R\$ 1.350.000.000,00 e em R\$ 150.000.000,00, os valores exatos e necessários para a compra de 90% e de 10% da participação societária da **Medley 50** e do aumento de capital subsequente na mesma proporção. Na prática, esses recursos entraram nos caixas das empresas veículo e saíram no mesmo momento, como se constata pelos extratos das contas-corrente no Banco Itaú do período.

126. Fica claro, assim, que a verdadeira adquirente da **Medley 50** é a **Sanofi-Aventis Participations**, origem dos recursos utilizados para a aquisição e para o aumento de capital efetuado em seguida. Os recursos para a aquisição e para o aumento de capital apenas transitaram por alguns instantes pela conta da **Sanofi 13** e das empresas veículo.

127. Porém, qual seria a motivação para promover toda essa movimentação societária, aparentemente desnecessária, por que a **Sanofi-Aventis Participations** não adquiriu e aumentou o capital da **Medley 50** diretamente? Além disso, o resultado final obtido por essa operação societária, a amortização fiscal do ágio, atende realmente à legislação tributária?

128. A **Sanofi 13**, a empresa holding do grupo Sanofi no país, foi questionada através de procedimento de diligência, formalizado no MPF-D nº 0818500.2013.00138-7, sobre os motivos, sejam societários, sejam regulatórios, tributários ou quaisquer outros, pelos quais a aquisição da **Medley 50** teve de ser efetuada com a utilização de empresas veículos.

129. Segundo a **Sanofi 13**, não houve utilização de sociedades veículo para adquirir a **Medley 50**. As sociedades teriam sido constituídas para permitir a segregação das atividades em duas sociedades com funções distintas, uma industrial e outra comercial.

130. Porém, também não justificou claramente essa necessidade para a segregação de atividades. Alegou que a parcela do patrimônio líquido cindido deve ser necessariamente absorvida por uma sociedade, ou uma sociedade já existente ou por uma sociedade a ser criada em decorrência da cisão.

131. Não é apresentada uma justificativa plausível para o procedimento adotado. A interposição das duas empresas veículo teria o propósito de segregar as atividades da **Medley 50** e não de participar de sua aquisição. Mas esse motivo não exigiria necessariamente a interposição de empresas veículo entre a real investidora e a investida. Como admitiram na sua resposta, a segregação de atividades não exige a presença prévia de outra empresa antes da cisão. Tal empresa poderia ser criada por ocasião da cisão. Apenas com a “desvantagem” de não ter o ágio transferido para o seu patrimônio.

(...)

150. O planejamento tributário adotado pelo grupo Sanofi-Aventis resultou em um misto das duas situações previstas na legislação tributária, com as vantagens de ambas, porém sem respeitar a prescrição legal das situações possíveis. Como se viu, a legislação tributária tem como efeito ou a manutenção da holding e da operacional com uma tributação maior, ou a extinção de uma delas acompanhada por uma tributação menor. Manteve-se as duas empresas (a holding e a operacional) no grupo e tributou-se

pelo menor valor. A manutenção do investimento na holding é um indicador de que a legislação não foi seguida.

151. Demonstrada a ilegalidade da operação realizada pelo grupo Sanofi para o aproveitamento tributário da despesa de amortização do ágio, que no ano-calendário de 2015 foi no valor de R\$ 148.719.183,32, todo esse valor amortizado será adicionado ao lucro líquido por esta fiscalização para apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

#### 15. No tocante à multa por incorreção na ECD, assim motivou o TVF:

173. Foi solicitado ao fiscalizado, no Termo de Intimação Fiscal nº 05, que informasse os motivos pelos quais a ECF original do período de 2015 foi apresentada com valor negativo da CSLL no e-Lalur dos períodos de apuração anual e dos meses de outubro a dezembro.

174. Em sua resposta apresentada em 27/07/2018, informou que se tratou de um lapso, em que “parte dos créditos lançados em conta de resultado foram alocados em conta da contribuição social diferida muito embora sua natureza seja de imposto de renda diferido”. Demonstrou da seguinte forma:

Plano de contas ECF	SAP	Descrição	Valor registrado	Valor correto
3.02.01.01.01.02	78200952	IRPJ Difer Temporária	42.761.688	42.761.688
3.02.01.01.01.02	78200954	Provisão Perda IR Diferido	- 37.238.492	- 41.508.911
<b>3.02.01.01.01.02 total</b>			<b>5.523.196</b>	<b>1.252.778</b>
3.02.01.01.01.01	78200953	CSLL Difer Temporária	15.394.208	15.394.208
3.02.01.01.01.01	78200955	Provisão Perda CS Diferida	- 19.213.627	- 14.943.208
<b>3.02.01.01.01.01 total</b>			<b>- 3.819.419</b>	<b>451.000</b>
<b>Total despesa imposto de renda e contribuição social</b>			<b>1.703.777</b>	<b>1.703.777</b>

175. Para corrigir essa situação apresentou uma nova ECD, em que consta no Termo de Verificação para Fins de Substituição da ECD a mesma justificativa (doc. F13):

*A Requerente esclarece que no arquivo SPED em referência, por um equívoco, parte dos créditos lançados em conta de resultado foram erroneamente alocados em conta da contribuição social diferida, quando na realidade sua natureza era de imposto de renda diferido, o que não alterou o valor do diferido em seu total (IRPJ + CSLL), entretanto, esse equívoco de alocação gerou saldo devedor em IRPJ e credor em CSLL.*

176. Consultando as contas 78200954 – Provisão para Perda IRPJ Diferido e 78200955 - Provisão para Perda CSSL Diferido na ECD retificadora, verifica-se que o contribuinte corrigiu os lançamentos dessas contas no período de outubro de 2015, com o seguinte lançamento:

**D - 78200955 - Provisão para Perda CSSL Diferido - 4.270.418,82**  
**C - 78200954 – Provisão para Perda IRPJ Diferido**

177. Tal lançamento teve os seguintes efeitos nos valores de provisão de IRPJ e CSLL na Demonstração de Resultado do período de outubro de 2015:

Conta	Descrição	Valor Retificadora (doc. F15)	Valor Original (doc. F14)	Diferença valores incorretos na ECD original
3.02.01.01.01.02	Provisão IRPJ	-489.995,37	-4.760.414,19	4.270.418,82
3.02.01.01.01.01	Provisão CSLL	-176.398,32	4.094.020,50	-4.270.418,82

178. Por consequência, esse é o valor da diferença observada no e-Lalur da ECF de 2015 na linha de código 9, adição da CSLL:

Período	Valor Retificadora	Valor Original	Diferença valores na ECF original
Outubro 2015	176.398,32	-4.094.020,50	4.270.418,82
Novembro 2015	205.626,80	-4.064.792,02	4.270.418,82
Dezembro 2015	450.999,90	-3.819.418,92	4.270.418,82

179. Dessa forma, a incorreção observada na ECF é originada de incorreção na ECD.

180. No caso de apresentação da ECD com valores inexatos ou incorretos, a Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, com a redação dada pela Lei n.º 12.873/2013, dispõe o seguinte:

*Art. 57. O sujeito passivo que deixar de cumprir as obrigações acessórias exigidas nos termos do art. 16 da Lei n.º 9.779, de 19 de janeiro de 1999, ou que as cumprir com incorreções ou omissões será intimado para cumpri-las ou para prestar esclarecimentos relativos a elas nos prazos estipulados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e sujeitar-se-á às seguintes multas:*

(...)

*III - por cumprimento de obrigação acessória com informações inexatas, incompletas ou omitidas:*

*a) 3% (três por cento), não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), do valor das transações comerciais ou das operações financeiras, próprias da pessoa jurídica ou de terceiros em relação aos quais seja responsável tributário, no caso de informação omitida, inexata ou incompleta;*

(...)

181. A IN RFB n.º 1.420/2013, que dispõe sobre a Escrituração Contábil Digital (ECD), trata desse assunto remetendo à MP 2.158-35:

*Art. 10. A não apresentação da ECD nos prazos fixados no art. 5º, ou a sua apresentação com incorreções ou omissões, acarretará aplicação, ao infrator, das multas previstas no art. 57 da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.*

182. A nova IN RFB n.º 1.774/2017, que revogou a anterior IN RFB n.º 1.420/2013, dispõe do mesmo modo:

*Art. 11. Aplicam-se as multas previstas no art. 57 da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, à pessoa jurídica que deixar de apresentar a ECD nos prazos fixados no art. 5º ou que apresentá-la com incorreções ou omissões, sem prejuízo das sanções administrativas, cíveis e criminais cabíveis, inclusive aos responsáveis legais.*  
(...)

183. Deve-se destacar a gravidade da omissão, inexatidão ou incorreção de informações na ECF que, como se sabe, substituiu a escrituração do Lalur, e tornou-se a única fonte de informações da RFB sobre a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, visto que a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ foi extinta a partir do ano-calendário 2014.

184. Sem as obrigações acessórias, como a ECF, corretamente preenchidas e entregues, o Fisco não consegue realizar a administração tributária, principalmente as etapas de estudos e seleção e de cobrança dos créditos tributários devidos, prejudicando a capacidade de selecionar e detectar os indícios de fraude com evidentes consequências deletérias para a administração tributária causadas pela omissão por parte do contribuinte.

185. O prejuízo à administração tributária é tão grave que, no caso da situação de omissão que não seja corrigida, estaríamos diante de um caso de crime contra a ordem tributária, conforme previsto nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137/90, com pena de reclusão, além de submeter o contribuinte à infração prevista na Lei n.º 9.430/96, art. 44, § 1º, com multa qualificada de 150% sobre o crédito tributário lançado.

186. Por outro lado, os valores retificados na ECD foram os mesmos valores retificados na ECF e, por essa razão, deixamos de lançar a multa que seria devida pela inexatidão na ECF, o que poderia representar uma duplicidade de lançamentos.

187. Será lançada a seguinte multa pela incorreção dos valores de IRPJ e CSLL lançados na Demonstração de Resultado da ECD do período de outubro de 2015:

Diferença valores incorretos na ECD original	Multa Devida 3%
4.270.418,82	128.112,56

16. O contribuinte apresentou impugnação (fls. 5.264/5.347), alegando, em síntese:

- a nulidade do lançamento em razão da inexistência de sociedade veículo, cuja qualificação foi presumida, e não comprovada pelo fisco;

- a aquisição do controle societário da Medley pela Requerente envolveu uma subscrição primária (aumento de capital) e a aquisição secundária de participação societária (aquisição das ações existentes da Medley), sendo um negócio firmado entre partes não relacionadas, realizada de forma legítima e a valores de mercado;

- tal operação encontrava-se plenamente revestida de propósito negocial e substância econômica, qual seja, o ingresso da empresa no mercado de medicamentos genéricos, existindo, ademais, suporte contábil e jurídico para a amortização do ágio reconhecido sobre a integralidade do preço de aquisição da Medley (que envolve tanto a aquisição primária quanto a aquisição secundária);

- as empresas tidas como veículos (SACP e SAIP) foram constituídas já com o objetivo de permitir a segregação das atividades desenvolvidas pela Medley em duas empresas distintas: uma com foco comercial e outra com foco industrial;

- o ágio reconhecido pela SACP e pela SAIP decorre exclusivamente: (i). de efetiva operação de compra e venda de ações entre empresas brasileiras, praticada entre partes independentes, e somente foi apurado em razão de o valor de mercado estimado para as ações da Medley, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado, resultarem em valores significativamente superiores ao seu patrimônio líquido existente à época; e (ii) da mera aplicação das regras fiscais vigentes à época para o desdobramento do preço de aquisição efetivamente pago pela SACP e pela SIAP em benefício da Lotpar. Ou seja, das regras existentes na época para desdobramento do custo fiscal (sacrifício patrimonial) incorrido pelas sociedades adquirentes para a aquisição da participação societária na Medley e rentabilidade futura esperada do negócio desenvolvido, de acordo com o estudo do preço (fls. 5.391/5.419), laudo (fls. 5.421/5.473) e Parecer contábil (fls. 5.547/5.593);

- a Requerente jamais poderia ser considerada uma entidade veículo, em razão das efetivas razões empresariais que envolvem a sua constituição, além de permanecer ativa até hoje como a única entidade que desenvolve os negócios Medley. Entretanto, ainda que a SACP e a SAIP sejam enquadradas como uma sociedade veículo, o que se admite apenas para argumentar, não restam dúvidas de que a transação observou todos os critérios legais e consolidados por este E. CARF para a amortização fiscal do ágio;

- a improcedência das alegações apresentadas pela Fiscalização é reforçada pelo fato de os valores recebidos pelos vendedores em decorrência da venda da Medley estavam sujeitos ao IR a título de ganho de capital. É certo que: (i) se na perspectiva do alienante do investimento houve a apuração de ganhos de capital sobre o ágio, havendo legitimação de seu custo de aquisição, (ii) na perspectiva do adquirente está materializada a possibilidade de deduzir as contrapartidas da amortização desse ágio, pois se trata de “dois lados de uma mesma moeda”: de um lado, tributa-se a mais-valia recebida pelo alienante, e, de outro, permite-se a dedução das contrapartidas de amortização do ágio pelo adquirente;

- a legislação prevê expressamente que se o bem que deu causa à mais-valia de ativos não for transferido por ocasião da cisão, este ágio deverá ser registrado em conta de ativo diferido e amortizado da mesma forma que o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura. E ainda que se considere que o ágio fundamentado na mais-valia de ativos foi transferido para a SACP, não houve a sua dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSL, de forma que não deve subsistir qualquer exigência fiscal relativa a estes valores;

- no caso discutido no presente Processo Administrativo, deve ser reconhecido que a SACP e a SAIP efetivamente adquiriram participação societária na Medley por meio da subscrição de suas ações, havendo custo de aquisição válido para todos os fins de direito (cíveis, societários e fiscais);

- especificamente a respeito do reconhecimento de ágio na subscrição de ações, a legislação comercial brasileira determina que o aumento de capital deverá ser realizado pelo valor econômico da emissão de novas ações, caso contrário ocorreria uma diluição injustificada dos acionistas que já figurassem no quadro societário da companhia;

- caso não se entenda que as operações devem ser consideradas conjuntamente, o que se admite apenas para argumentar, deve ser reconhecido o direito ao reconhecimento e amortização do ágio sobre a parcela do patrimônio líquido negativo da Medley;

- o Laudo apresentado e elaborado pela Deloitte está datado de 30.6.2009, pouco mais de 30 (trinta dias) após a efetiva data de aquisição (27.4.2009), tendo sido elaborados com base nas melhores técnicas de avaliação e efetivamente constituem o suporte documental exigido para o registro do ágio com a sua correta avaliação econômica, ainda mais considerando que a legislação fiscal não exige qualquer forma ou metodologia de cálculo específica para esse estudo;

- antes da vigência da Lei n. 12.973/14 não havia qualquer requisito ou fundamento que a demonstração do ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura devesse apresentar;

- no pior cenário, o presente caso deveria ser tratado como um mero conflito entre interpretações dadas pela Fiscalização e pela Requerente a um mesmo conjunto fático, de forma que a multa qualificada aplicada pela Fiscalização deve ser integralmente cancelada, ou, no mínimo, reduzida para 75%, dadas as disposições contidas do artigo 112, incisos I e II do CTN;

- a multa isolada sobre as estimativas apuradas não é cabível em concomitância com a multa de ofício;

- a multa por descumprimento de obrigação acessória aplicada pela Fiscalização deve ser integralmente cancelada tendo em vista que: (i) os valores referentes a provisão para perda de IRPJ/CSL foram integralmente declarados pela Requerente na ECD, inexistindo omissão ou incorreção material sobre as informações originalmente prestadas; e (ii) não resultou

em prejuízo ao erário ou à Fiscalização, uma vez que os lançamentos contábeis relacionados com provisões, regra geral, são considerados como neutros para fins de apuração do lucro tributável pelo IRPJ/CSL;

- embora os questionamentos feitos pela Autoridade Fiscal no presente caso versem sobre deduções registradas no período de 2015, não se pode deixar de apontar a ocorrência de preclusão temporal, haja vista essas despesas decorrerem de fatos ocorridos em períodos anteriores a 26/09/2013, ou seja, em períodos já alcançados pela decadência; e

- não é cabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

17. Em Sessão de 30 de janeiro de 2019, a DRJ/BHE julgou a defesa improcedente, por meio de Acórdão (fls. 5.620/5.728), que recebeu a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2015

**ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS - DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO**

A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de sua controlada, e que tinha desdobrado o valor da participação em valor patrimonial e em ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros, poderá deduzir a despesa com a amortização desse ágio apenas se observadas as seguintes condições: demonstração do fundamento do ágio mediante documentação hábil e tempestiva; existência de substância econômica e propósito negocial nas operações de reorganização societária; independência entre si e possibilidade de livre negociação quanto a todas as pessoas jurídicas envolvidas na operação; ônus efetivo na aquisição do ágio para a pessoa jurídica que o registrar em sua contabilidade; reunião efetiva numa só pessoa jurídica do patrimônio que tiver sofrido o encargo do ágio e o patrimônio que presumivelmente geraria os lucros que justificaram o seu pagamento.

**LANÇAMENTO DECORRENTE - CSLL**

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

**ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS**

Ano-calendário: 2015

**INEXATIDÃO NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ENTREGA DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL COM INEXATIDÃO**

O sujeito passivo que comprovadamente entregar escrituração contábil ou fiscal digital com informação inexata, sujeita-se a multa de 3% do valor erro, com valor mínimo de cem reais.

18. Cientificado eletronicamente da decisão em 05/02/2019 (fls. 5.736), a empresa, em 01/03/2019 (fls. 5.736), interpôs recurso voluntário (fls. 5.739/5.835), onde reitera as alegações de defesa, rebate determinados pontos da decisão recorrida e pede, subsidiariamente, a redução do valor da multa relativa à ECD em 25%, com base na alteração do artigo 12, II, da Lei n. 8.218/91 pela Lei n. 13.670/18.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

19. O recurso voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade. Dele, portanto, conheço e passo a apreciar.

### Da nulidade do lançamento

20. A Recorrente aduz que os lançamentos carecem de liquidez e certeza, ensejando a nulidade dos Autos de Infração.

21. Razão, porém, não lhe assiste.

22. Do ponto de vista do processo administrativo fiscal federal, dispõem os artigos 10º e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72, que:

“**Artigo 10** - O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

**I** - a qualificação do autuado;

**II** - o local, a data e a hora da lavratura;

**III** - a descrição do fato;

**IV** - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

**V** - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

**VI** - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula”.

“**Artigo 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”.

23. Não verifico, nesse caso concreto, qualquer nulidade nos lançamentos ocasionada pela inobservância do disposto no art. 10º ou 59 acima transcritos, bem como não vislumbro nenhuma violação ao artigo 24 da **LINDB**, dispositivo este que, apesar de mencionado pela Recorrente, encontra-se desvinculado de um pedido específico e, mais ainda, sem a devida instrução probatória de eventual jurisprudência majoritária que seria favorável à tese que advoga.

24. Os Autos de Infração foram sim emitidos com observância de seus requisitos essenciais, como prescreve o artigo 142 do Código Tributário Nacional abaixo transcrito.

**Artigo 142** - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

**Parágrafo único.** A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

25. Como determinado nesse dispositivo legal, os lançamentos têm como motivação a glosa das parcelas deduzidas a título de ágio, sob o fundamento de que a Recorrente, diante da estrutura utilizada para fins de aquisição do respectivo investimento, não teria cumprido os requisitos legais, bem como a aplicação de multa em face de inexatidão detectada na ECD.

26. No exercício, então, de sua atividade plenamente vinculada, a fiscalização cumpriu seu dever de, após identificar esses fatos, constituir o crédito tributário decorrente da glosa e do descumprimento de obrigação acessória.

27. A motivação e a base legal constantes dos Autos de Infração, ademais, são suficientes para o pleno conhecimento da lide e não prejudicaram o exercício da ampla defesa.

28. Nesse sentido, rejeito os argumentos de nulidade.

### **Da decadência**

29. No que tange ao referido argumento, aplica-se a questão o disposto na Súmula CARF nº 116:

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, **deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.** (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Acórdãos Precedentes: 1101-000.961, de 08/10/2013; 1102-001.104, de 07/05/2014; 1301-000.999, de 07/08/2012; 1402-001.337, de 06/03/2013; 1402-001.460, de 08/10/2013; 9101-002.804, de 10/05/2017; 9101-003.131, de 03/10/2017.

30. Nos termos dessa orientação vinculante, afasto a preliminar de decadência suscitada.

### **Mérito**

31. A *dedutibilidade de despesas de amortização de ágio* constitui tema cercado de rótulos, mitos e divergências interpretativas acerca dos requisitos legais para os contribuintes fazerem jus a este direito, ainda mais considerando os bilhões de reais que encontram-se em discussão nas demandas judiciais e administrativas que envolvem este assunto.

32. Não somente pela relevância econômica que a glosa desse tipo de despesa representa, mas também pelo desfecho das últimas decisões proferidas por este E. Conselho - favoráveis à glosa pelo combatido voto de qualidade -, o presente julgador faz questão de, antes de enfrentar o mérito da controvérsia, rever premissas fundamentais da *teoria geral do direito*, notadamente em matéria tributária, a fim de traçar o percurso de interpretação que, segundo pensamos, deveria nortear os operadores desse “ramo” do Direito.

33. Como se sabe, o Estado necessita de recursos para atender suas finalidades institucionais. Historicamente, como registrou Aliomar Baleeiro<sup>1</sup>:

para auferir dinheiro necessário à despesa pública, os governos, pelo tempo afora, socorrem-se de uns poucos meios universais: a) realizam extorsões sobre outros povos ou deles recebem doações voluntárias; b) recolhem as rendas produzidas pelos bens e empresas do Estado; c) exigem coativamente tributos ou penalidades; d) tomam ou forçam empréstimos.

34. O poder de tributar é inerente ao poder de governar. No exercício de sua soberania, o Governo exige que os indivíduos e as empresas forneçam os recursos necessários ao custeio dos gastos públicos, recursos estes provenientes principalmente da arrecadação tributária.

35. No passado, os tributos eram exigidos arbitrariamente pelos detentores do poder, que se colocavam na posição de donos da coisa pública. Como assinala Geraldo Ataliba<sup>2</sup>:

Antigamente, quando não se podia falar em estado de direito, o político usava do poder para obrigar arbitrariamente os súditos a concorrerem com seus recursos para o estado (por isso Albert Hensel sublinha que só se pode falar em “direito” tributário onde haja Constituição e estado de direito. Fora disso, é o arbítrio, o despotismo). Hoje, o estado exerce este poder segundo o direito constitucional e obedece, em todas suas manifestações, ao estabelecido na lei.

36. O conceito de Estado de Direito funda-se, portanto, na existência de limites ao poder estatal, em oposição ao *Estado Absoluto*, no qual o poder do soberano era ilimitado.

37. De acordo com José Afonso da Silva<sup>3</sup>, o Estado de Direito abrange três características: a) separação de poderes; b) garantia dos direitos fundamentais; e c) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei.

### **Separação de poderes**

38. A forma republicana adotada no Brasil é a da tripartição dos poderes. Assim, quando o artigo 2º da Constituição Federal dispõe que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”, prescreveu uma divisão (competências próprias) quanto ao exercício das funções do poder político por meios desses três poderes.

<sup>1</sup> Direito Tributário Brasileiro. [atual: Misabel Abreu Machado Derzi]. Rio de Janeiro: Forense. 2004. P. 234.

<sup>2</sup> Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Malheiros. 6ª edição. P. 29.

<sup>3</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros. 17ª edição. P. 185.

39. Como já alertava Montesquieu<sup>4</sup>, “*tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o poder de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos*”.

40. Em síntese, a função típica (i) do Poder Legislativo, composto pelos representantes eleitos por voto do povo, consiste em editar leis (tarefa de legislar); (ii) do Poder Executivo consiste em executar as normas, nos limites da Constituição e das leis (tarefa executiva); e (iii) do Poder Judiciário consiste em solucionar os litígios (tarefa jurisdicional).

41. O respeito incondicional às competências inerentes à divisão dos poderes é o que sustenta e legitima o *Estado de Direito*, afinal foi o meio escolhido justamente para colocar limites e formas de controle ao poder, evitando práticas abusivas por parte dos governantes e autoridades públicas.

42. Tal como proclamou Alexis de Tocqueville<sup>5</sup>, “*a intervenção da Justiça na Administração não prejudica senão ao andamento normal dos trabalhos, enquanto que a intervenção da Administração na Justiça corrompe os homens e os torna, a um só tempo, revolucionários e servis*”.

43. Digna de nota, ainda, é o trecho da carta de Claude-Adrian Helvétus a Montesquieu<sup>6</sup>, de 1748, sobre o “bom governo”:

Só conheço duas espécies de governos: os bons e os maus. Os bons que estão ainda por fazer; os maus, em que toda a arte consiste, por diferentes meios, em passar o dinheiro da parte governada à bolsa da parte governante. Aquilo que os governos antigos arrebataavam pela guerra, nossos modernos obtêm com mais segurança pelo fiscalismo. É apenas a diferença desses meios que constitui sua variedade. Creio, no entanto, na possibilidade de um bom governo em que, respeitadas a liberdade e a propriedade do povo, ver-se-ia resultar o interesse geral, em contraposição ao interesse particular.

### **Garantia dos direitos fundamentais**

44. Dentre os direitos fundamentais previstos na Lei Maior, por ora cabem destacar os da legalidade, do direito à propriedade<sup>7</sup> e livre iniciativa<sup>8</sup>.

45. No ordenamento jurídico, compete exclusivamente ao Poder Legislativo editar leis. E a lei, somente a lei, tem o condão de compelir as pessoas a fazer ou não fazer algo. *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (artigo 5º, II, da CF).

<sup>4</sup> Do espírito das leis, volume I. São Paulo: Difusão Europeia do Livro. 1962.

<sup>5</sup> El antiguo régimen y La revolución. Guadarrama: Madrid. 1969. P. 90.

<sup>6</sup> Trecho extraído da obra “Os arquitetos da ordem anárquica”. Patrícia Piozzo. São Paulo: Unesp. 2003. P. 33.

<sup>7</sup> 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, (...)

<sup>8</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

46. Essa previsão constitucional enuncia o *princípio da legalidade*, impedindo uma atuação arbitrária do Estado em relação aos indivíduos, que possuem o direito de fazer aquilo que a lei não proíba.

47. Por outro lado, cabe ao Poder Executivo executar a lei, o que inclui a tarefa de fiscalizar o cumprimento ou não da conduta que foi permitida, proibida ou facultada pelo Legislador.

48. Do princípio da legalidade, contudo, decorre a proibição de os regulamentos ou atos administrativos violarem o que foi prescrito no texto legal (*supremacia da lei*). A Administração deve aplicar a lei, e não questioná-la ou restringi-la. O fisco possui função executiva. Não cria ou limita direito, devendo ser fiel ao comando legal.

49. E a norma jurídica deve produzir efeitos para o futuro. Daí a irretroatividade da lei, não podendo esta prejudicar, nos termos do 5º, XXXVI da CF, *o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

50. Outra garantia constitucional é o direito à propriedade (cf. incisos XXII, XXIII e XXIV<sup>9</sup> do referido artigo 5º da CF), podendo este sofrer restrições em face de desapropriação ou expropriação por interesse público ou social, o que deve ocorrer por meio de justa e prévia indenização.

51. A submissão do cidadão à tributação, aliás, até pode ser vista como exceção constitucional ao direito de propriedade, afinal o tributo enseja o repasse de parcela do patrimônio do contribuinte aos cofres públicos. Na linha, porém, do que leciona Hugo de Brito Machado<sup>10</sup> “*o dever de pagar tributo, na realidade, certamente integra o feixe de relações jurídicas que se pode denominar estatuto do cidadão. Embora nem sempre tenha sido assim, pagar tributo é atualmente um dever fundamental do cidadão. Há mesmo quem diga que o tributo é o preço da cidadania*”.

52. Na relação entre tributação e direito de propriedade, este último é garantido justamente pelo dever de observância aos princípios constitucionais tributários, como os da legalidade, irretroatividade, capacidade contributiva etc..

53. Finalmente, tem-se por livre iniciativa – outro direito fundamental - a capacidade do agente privado em tomar suas decisões dentro de sua liberdade de empreender. Sob o aspecto empresarial, significa o direito à livre organização, produção e circulação de bens. Nesses termos, onde a Constituição ou o Legislador não impediram condutas ou fixaram limites à liberdade de atuar na atividade econômica, é inadmissível uma intervenção negativa ou restritiva de direitos.

### **Estrita legalidade, irretroatividade, segurança jurídica e interpretação**

---

<sup>9</sup> Art. 5º - (...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

<sup>10</sup> Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição. São Paulo: Ed. Atlas. 2009. P. 11.

54. A legalidade no direito tributário possui enorme importância, a ponto do artigo 150, I, da Carta Magna, expressamente prever a impossibilidade das pessoas políticas exigirem ou aumentarem tributo sem que seja mediante lei. Trata-se do *princípio da estrita legalidade* (ou *tipicidade cerrada*) em matéria tributária.

55. Como observa o professor Roque Antonio Carrazza<sup>11</sup>:

Na apreciação de cada caso concreto deve ser levado em conta o que previamente se encontra na lei. O Fisco deve limitar-se a subsumir o fato à norma, sem nenhum tipo de valoração.

(...)

Em nosso ordenamento jurídico, o Executivo, no exercício de sua faculdade regulamentar, não pode, em nenhum caso, invadir a esfera de atribuições do Legislativo.

56. A lei tributária, ressalte-se, deve ser sempre anterior ao fato gerador<sup>12</sup>, nos termos do princípio da irretroatividade insculpido no artigo 150, III, “a”, da CF<sup>13</sup>.

57. Nas palavras de José Souto Maior Borges<sup>14</sup>:

A irretroatividade das leis tributárias é campo de eleição preferencial da segurança jurídico-tributária. Assim a CF veda, no art. 150, III, a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. A surpresa fiscal dos contribuintes é um contra-valor enquanto tal incompatível com o valor segurança jurídica. É dizê-la: fator de insegurança nas relações entre fisco e contribuintes.

58. O Poder Legislativo, porém, se manifesta por textos. É a partir da interpretação do texto legal que o operador do Direito constrói o sentido da conduta regulada e, conseqüentemente, cria a norma jurídica no seu sentido estrito.

59. Apoiando-se na doutrina de Eros Roberto Grau<sup>15</sup>:

os juízes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma). Nesse sentido, o juiz produz direito (isto é, norma).

(...) **O juiz não legisla nem suplementa a lei, mas, dentro do espaço sinalizado pela lei, autodetermina-se.** Eis aí a interpretação. Todo o espaço da dinâmica jurídica é aplicação em relação às normas gerais que o fundamentam, mas é criação em relação às normas inferiores que fundamenta. (...)

<sup>11</sup> Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros. 28ª edição. P. 286 e 403.

<sup>12</sup> Salvo as exceções previstas no artigo 106 do CTN.

<sup>13</sup> Artigo 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

<sup>14</sup> BORGES, José Souto Maior. O Princípio da Segurança na Constituição Federal e na Emenda Constitucional 45/2004. Implicações Fiscais. In Princípios de Direito Financeiro e Tributário, organizadores: PIRES, Adilson Rodrigues e TORRES, Heleno Taveira. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2006. P. 246.

<sup>15</sup> Por que tenho medo dos juízes. São Paulo: Malheiros. 6ª edição. P. 16, 25, 27 e 31.

Praticamos a interpretação do direito não – ou não apenas por isso – porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação. (grifamos)

60. Não só os juízes, mas também os órgãos julgadores do Executivo devem interpretar a lei para produzir a norma individual e concreta. É, aliás, justamente isso que ora estamos fazendo nesse voto: interpretar se os tributos ora exigidos em razão da glosa das despesas com o ágio são ou não são devidos aos olhos da legislação tributária de regência.

61. Para De Plácido e Silva<sup>16</sup>, “interpretar” é “*examinar, perquirir e fixar o sentido ou a inteligência do texto legal, ou do teor do escrito, para que se tenha sua exata significação ou sentido*”.

62. A interpretação de um enunciado prescritivo consiste em buscar seu sentido dentro do sistema inteiro. Uma palavra, uma expressão ou até mesmo todo um texto legal devem ser interpretados não apenas com base na sua literalidade, mas sintetizados com as demais normas jurídicas, notadamente aquelas que são consagradas como verdadeiros princípios.

63. No dizer do jurista Juarez Freitas:<sup>17</sup>

Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação.

64. É certo que toda interpretação traz em si carga construtiva e valorativa, o que significa dizer que ela não resulta numa verdade absoluta, pois pode variar de intérprete para intérprete. Daí a não rara divergência inerente a arte de interpretar leis tributárias. Parafraseando Alfredo Augusto Becker<sup>18</sup>: “*o Direito Positivo é um instrumento; construí-lo é Arte; estudar a consistência e atuação deste instrumento é Ciência*”.

65. De fato, a positivação do direito pressupõe uma escolha num universo de mais de uma interpretação possível de ser atribuída aos documentos normativos e provas. É aqui, na incidência normativa ou aplicação da norma, que se percebe o dinamismo do Direito, notadamente o Tributário: a partir da regra matriz de incidência e suas particularidades, a autoridade competente, como fruto de sua interpretação com os demais textos legais aplicáveis, produz a norma individual e concreta em prol da conduta regulada (*contribuinte “X” deve ou não deve, diante da lei e de uma situação fática determinada, pagar determinada quantia a título de tributo*).

66. A decisão jurisdicional é um ato de vontade, e como tal, além da influência da formação cultural do intérprete, pode ainda receber influência de diversos outros fatores, como expõe José Souto Maior Borges<sup>19</sup>:

<sup>16</sup> Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense. 2004. P. 765.

<sup>17</sup> “Interpretação sistemática do direito”. São Paulo. Melhoramentos. 2002. P. 70/74.

<sup>18</sup> Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Noeses. 4ª edição. 2007. P. 73.

<sup>19</sup> Ciência Feliz. São Paulo: Quartier Latin. 2007. P. 138.

Entre múltiplas alternativas de aplicação do direito, opta o juiz por uma delas. Por isso tal decisão é influenciável pelos fatores e injunções do poder político; interferências governamentais podem pressionar o Judiciário. O juiz não é um autômato, que tão só pronuncie as palavras da lei. Sua atividade rege-se por regras de ponderação do direito a aplicar aos interesses em choque. Nele, há sempre um ato de valorização. E dessa valorização decorre determinada manifestação de vontade: a norma aplicada pela decisão judicial.

67. Nesse estado de coisas, e longe de querer entrar em qualquer debate ideológico inerente ao problema da atividade jurisdicional (vista aqui como aquela apta a dirimir conflitos, inclusive no âmbito do contencioso administrativo), é preciso nunca esquecer que tributo é norma jurídica que decorre da incidência da hipótese tributária ao caso concreto. Na linha do que dispõe o artigo 114 do CTN, *fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência*.

68. Isso significa dizer que a legitimidade ou não quanto à cobrança de um tributo depende apenas da *subsunção* do conceito do fato ao conceito da norma, sendo esta subsunção aferível exclusivamente em face da materialidade do tributo (*regra geral*) ou pela incidência ou não do direito consagrado em texto legal próprio (*regra específica*), e nada mais!

69. Questões políticas, juízo pessoal em nome de uma justiça ou o impacto financeiro decorrente de uma decisão jamais poderiam servir, a nosso ver, de argumento ou até mesmo influência para, sob o rótulo de tributo, onerar indevidamente o patrimônio do contribuinte. Como diria Eros Grau, “*vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é como a religião, a filosofia, a história.*”<sup>20</sup>

70. E como constatou Mário Pimentel Albuquerque<sup>21</sup>:

O juiz não é um órgão do Estado, mas do Direito, e, frente a este, como bem advertiu Helmut Coing, o magistrado desfruta de uma posição especialíssima. Não se limita a executar os seus mandatos; é mais propriamente, o protetor e o curador do Direito, e isto num sentido muito mais profundo do que implica a mera aplicação de determinações legais. Para o juiz, o Direito é o conteúdo – e não só o limite – de sua atividade.

(...)

A verdadeira essência do Judiciário é a de ser um poder puramente jurídico.

71. Com efeito, a origem e a estrutura de nosso Estado Democrático de Direito deveriam implicar em órgãos julgadores que tutelem ao máximo os direitos individuais e os princípios constitucionais tributários, preservando ao máximo a segurança jurídica quando da interpretação dos enunciados legais.

72. Legalidade, isonomia, capacidade contributiva, anterioridade, assim como todos os outros princípios constitucionais tributários, não obstante suas peculiaridades, traduzem a ideia de que o exercício do poder de tributar deve operar-se com a máxima segurança jurídica.

73. Na lição de Paulo de Barros Carvalho<sup>22</sup> “segurança jurídica” “*é, por excelência, um sobreprincípio. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade,*

<sup>20</sup> cf. EROS GRAU. "Por que tenho medo dos juízes". São Paulo: Malheiros. 2013. Página 19.

<sup>21</sup> "O Órgão Jurisdicional e a sua Função: Estudo sobre a Ideologia, Aspectos Críticos e o Controle do Poder Judiciário". São Paulo: Malheiros. 1997. P. 10/11.

*da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais”.*

74. Sobre a relação entre direito e segurança, oportunas as lições de Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>23</sup>:

segurança significa a clara determinação e proteção do direito contra o não direito, para todos. Na determinação do jurídico e, pois, na obtenção da segurança, a certeza é um elemento primordial. Por certeza entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência das suas próprias ações.

75. Na prática, para que haja segurança jurídica, é indispensável não só a estabilidade da jurisprudência ao menos das instâncias superiores, mas, antes disso, um mínimo de razoabilidade e previsibilidade na qualificação das situações jurídicas por parte dos aplicadores do Direito (os *intérpretes autênticos*).

76. Segundo Luiz Guilherme Marinoni<sup>24</sup>:

Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.

77. Nesse contexto, a questão que se coloca é a seguinte: considerando que a interpretação da lei é subjetiva, como conseguir que as decisões jurisdicionais obtenham a almejada segurança jurídica na definição do comportamento regulado por textos legais cujo conteúdo semântico ainda não tenha sido objeto de jurisprudência vinculante?

78. Os ensinamentos de Humberto Ávila<sup>25</sup> abaixo transcritos parecem formular uma resposta digna de aplausos:

(...) é impossível para a linguagem do Direito assegurar uma predeterminação absoluta.

Os resultados aqui encontrados demonstram que a segurança jurídica somente pode ser representada como *determinabilidade*, não apenas da norma jurídica, mas sobretudo dos critérios das decisões jurídicas. A segurança jurídica não pode ser atingida pela garantia de conteúdos absolutos prévios, por meio de conceitos ditos fechados, mas por meio de quatro outros componentes: da linguagem da lei, que deve estabelecer os pontos de partida essenciais da obrigação tributária; da vinculação do juiz e da administração

<sup>22</sup> "O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias". In Crédito Prêmio de IPI: estudos e pareceres. Barueri: Manole. 2005. P. 86.

<sup>23</sup> Revista de Direito Tributário. Volumes 17/18. P. 51.

<sup>24</sup> "O precedente na dimensão da segurança jurídica". In: A força dos precedentes. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. Salvador: Juspodivm. 2012. P. 560.

<sup>25</sup> "Sistema constitucional tributário". São Paulo: Saraiva. 2012. P. 375.

pública aos significados preliminares mínimos da lei, com relação aos quais, eles devem agir “mediante referência a”, procedimento distinto do de uma interpretação vinculada a outros argumentos não linguísticos; do dever de adotar um procedimento regulado para quaisquer questões jurídicas; das exigências quanto ao método para as decisões jurídicas tomadas por meio do postulado da coerência, que devem ser controláveis e efetuadas mediante referência a regras de interpretação – isto é, regras de prevalência entre espécies distintas de argumentos.

79. Deve o intérprete, em prol de definir se uma dada situação enseja ou não o dever de pagar tributos, vincular-se exclusivamente à linguagem da lei e sua coerência com a materialidade do tributo e com os princípios constitucionais aplicáveis.

80. Nesse sentido, e por mais que as palavras não raramente possam, a depender do contexto do discurso, se mostrarem ambíguas ou imprecisas, é inconteste que elas possuam ao menos um significado mínimo determinável (*significação de base*). Inexistisse uma área de certeza sobre o cabimento de um conceito, “*as palavras não passariam de ruídos sem qualquer conteúdo. Não seriam signos, é dizer, significantes, e a comunicação humana tornar-se-ia impossível*”<sup>26</sup>.

81. Esse mínimo semântico dos termos e palavras constitui uma pré-compreensão ou um dado cultural que se mostra presente a partir do seu uso reiterado dentro de um universo linguístico determinado.

82. Sobre o assunto, oportuno transcrever a seguinte passagem do voto do ex Ministro do STF Antonio Cezar Peluso<sup>27</sup>:

As palavras (signos), assim na linguagem natural, como na técnica, de ambas as quais se vale o direito positivo para a construção do tecido normativo, são potencialmente vagas, mas isso também significa que, por maiores que sejam tais imprecisões, há sempre um limite de resistência, um conteúdo semântico mínimo recognoscível a cada vocábulo, para além do qual, parafraseando ECO, o intérprete não está “autorizado a dizer que a mensagem pode significar qualquer coisa. Pode significar muitas coisas, mas há sentidos que seria despropositado sugerir”.

(...)

Na grande maioria dos casos, porém, os termos são tomados no significado vernacular corrente, segundo o que traduzem dentro do campo de uso onde são colhidos, seja na área do próprio ordenamento jurídico, seja no âmbito das demais ciências, como economia (*juros*), biologia (*morte, vida, etc.*), e, até, em outros estratos linguísticos, como o inglês (*software, internet, franchising, leasing*), sem necessidade de processo autônomo de elucidação.

(...)

83. Ora, não há dúvidas de que existem diversos exemplos diante dos quais não se duvida que uma palavra ou expressão do texto legal é aplicável. Pode existir, porém, uma zona de obscuridade<sup>28</sup>, sem limites precisos, onde os conceitos podem distanciar-se.

<sup>26</sup> Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. RDP 57/58. P. 245.

<sup>27</sup> STF. Tribunal Pleno. RE nº 357.950-9. 18/05/2005.

<sup>28</sup> Metaforicamente, como leciona Luiz Alberto Warat (O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1995. P. 77), a linguagem pode apresentar três zonas: a) de luminosidade positiva, composta pelos

84. Não obstante, e como forma de evitar uma *insegurança jurídica*, coube a Lei Complementar n. 95/1998 dispor *sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis*, determinando no seu artigo 11 que:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

**I - para a obtenção de clareza:**

**a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;**

b) usar frases curtas e concisas;

c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;

e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

**II - para a obtenção de precisão:**

**a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;**

b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;

c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;

d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;

e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;

f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto;

g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes;

**III - para a obtenção de ordem lógica:**

a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;

b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens

85. Nota-se que há lei nacional que impõe um critério básico para a interpretação do texto legal, qual seja, o de que o uso de uma palavra ou expressão pelo Legislador deve ser

---

objetos onde não existem dúvidas em relação a sua inclusão na denotação; b) de luminosidade negativa, composta pelas situações que com certeza não entram na denotação; e c) de incerteza, onde existem dúvidas quanto ao fato do objeto ou situação entrar ou não na denotação.

tomada pelo seu sentido comum, salvo quando se valer de conceitos técnicos, hipóteses nas quais o sentido passa a ser estes mais específicos, seja ele próprio ou incorporado por referência ou remissão.

86. Em outras palavras, o Legislador Tributário pode, na configuração da hipótese tributária, se valer **(i)** de conceitos da linguagem comum ou **(ii)** de conceitos técnicos **(ii.i)** próprios ou **(ii.ii)** por remissão a outros “ramos do direito” ou ciências.

87. Como bem sintetizou Fábio Piovesan Bozza<sup>29</sup>:

É nessa circunstância que o Direito Tributário atua como “Direito de sobreposição” ou “Direito de superposição”, já que faz incidir a tributação sobre situação já regulada pelo Direito. No entanto, a nosso ver, tal fórmula não pode ser generalizada para todo o Direito Tributário, já que a norma de incidência poderá igualmente recair sobre uma situação de fato, não regulada pelo Direito, mas por outra ciência.

Enfim, são as relações **de fato** do Direito Tributário com outras ciências e as relações **de direito** com os demais ramos jurídicos que compõem as hipóteses de incidência tributária.

(...)

Quando a legislação tributária faz remissão a algum termo que, porventura, também esteja previsto na legislação privada, mas acaba por redefini-lo expressamente, dando-lhe outra conceituação ou mesmo alargando ou limitando o seu alcance, o que vale, para efeitos fiscais, é justamente a definição dada pela legislação tributária.

(...)

Claro que a atribuição de conceito pela lei tributária a termos ou expressão possui seu limite no sentido possível da palavra. A respeito do assunto, vale transcrever as duas passagens contidas no acórdão que julgou o RE n. 71.758, em 14 de junho de 1972.

A primeira, encontra-se no voto do Min. Oswaldo Trigueiro:

*Concordo que a lei pode, casuisticamente dizer o que é ou o que não é renda tributável. Mas não deve ir além dos limites semânticos, que são intransponíveis. Entendo, por isso, que ela não pode considerar renda, para efeito de taxação, o que é, de maneira incontestável, ônus, dispêndio, encargo ou diminuição patrimonial, resultante de pagamento de um débito.*

A segunda passagem, encontra-se no voto do Min. Luiz Gallotti:

*(...) se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiaria todo o sistema inscrito na Constituição.*

88. Por mais, então, que se fale em liberdade de interpretação, esta somente se diz e mostra-se jurídica quando o intérprete, livrando-se de eventuais preconceitos e convicções pessoais, constrói a norma jurídica exclusivamente a partir da linguagem do próprio sistema, mais precisamente a partir dos contornos e limites previstos no sistema constitucional tributário e no conteúdo semântico dos signos que se valeu o Legislador, sejam eles em seu sentido comum ou em seu sentido técnico (próprio ou por remissão).

89. É sob o norte ora traçado, ou seja, **(i)** com base na primazia da lei, livre iniciativa e direito de propriedade; e **(ii)** no dever do *intérprete autêntico*, em prol da segurança jurídica, de construir a norma nos estritos termos da lei e respectiva hipótese tributária, que

<sup>29</sup> Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. 2001. P. 64/66.

passaremos, após tecer considerações gerais sobre a dedutibilidade de despesas, a enfrentar o mérito da glosa do ágio propriamente dito.

### **Dedutibilidade de despesas**

90. Os componentes da *renda* (elementos patrimoniais positivos e elementos patrimoniais negativos) podem ser obtidos pelos mais variados meios (capital, trabalho, proventos ou pagamentos de qualquer natureza) e são influenciáveis por diversos fatores. É, em cada período de apuração que esteja sujeito, que o contribuinte deve, após unir todos esses componentes e fazer os ajustes jurídicos cabíveis, verificar se houve ou não acréscimo e quanto ele representa, para aí sim definir a base de cálculo (*renda líquida tributável*).

91. Do ponto de vista dos elementos positivos, já nos manifestamos no sentido de que *a origem da atividade produtora de renda não é relevante para fins de incidência*.<sup>30</sup> Na ocasião, buscamos demonstrar que as receitas, ganhos ou rendimentos, desde que disponíveis, revelam capacidade contributiva independentemente de sua causa, devendo ser oferecidos à tributação também em face do “*non olet*” e isonomia, na linha, aliás, do que já foi reconhecido pelos Tribunais Superiores.

92. Se por um lado a universalidade da tributação dos elementos positivos é objetiva e parece questão já consolidada que a origem da receita ou rendimento é irrelevante para fins de tributação do seu resultado, o mesmo não se pode dizer da “outra ponta”, ou seja, de como o critério constitucional da universalidade deve informar os elementos negativos do patrimônio.

93. Isso porque não é toda saída do patrimônio ou qualquer gasto que podem ser deduzidos. A apuração da *renda líquida*, na sua acepção jurídica, não deve ser afetada por toda despesa registrada na contabilidade ou qualquer desembolso ou decréscimo patrimonial, tendo em vista que o próprio sistema jurídico, como regra geral, condiciona a dedução fiscal à comprovação de que o dispêndio é necessário (*despesa operacional*)<sup>31</sup>, e não fruto de mera liberalidade patronal, estas sim *despesas indedutíveis*.

94. A dedução de *despesa operacional*, pois, não corresponde a uma vantagem, isenção ou benefício fiscal em sentido técnico, constituindo ela, na verdade, um direito legítimo do contribuinte em face da própria materialidade do IRPJ (*princípio da renda líquida*).

95. Ocorre, porém, que juntamente com a regra geral de dedutibilidade, há também na legislação tributária várias outras previsões específicas (muitas delas, sim, figurando como benefícios fiscais ou isenção) que permitem ou reconhecem a dedutibilidade (total ou

<sup>30</sup> TOSELLI, Luis Henrique. “A Tributação da “propina”, efeitos penais e as práticas adotadas pela fiscalização”. In Crimes Contra a Ordem Tributária. Coordenação de Gisele Barra Bossa e Marcelo Almeida Ruivo. São Paulo: Almedina. 2019. P. 132.

<sup>31</sup> A regra geral de dedutibilidade de despesas está prevista no artigo 47, da Lei no 4.506/1964 (dispositivo este que foi incorporado pelo artigo 299 do antigo RIR/99 e pelo artigo 311 do RIR/18, aprovado pelo Decreto no 9.580/2018), in verbis:

“Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa”.

parcial) ou a indedutibilidade de dispêndios determinados, previsões estas que, em face do princípio da especificidade das normas, em síntese se sobrepõem à regra geral<sup>32</sup>.

96. Foi justamente nesse contexto que o Legislador estabeleceu que, para os contribuintes sujeitos ao Lucro Real, a *renda líquida* (conceito jurídico) deve corresponder ao lucro líquido do exercício (conceito contábil ou direito societário), ajustado pelas adições, exclusões ou compensações previstas na legislação tributária<sup>33</sup>.

97. E por se tratar de lançamento por homologação, a apuração da *renda líquida* e o recolhimento do IRPJ estão sujeitos à ulterior homologação pela fiscalização, que possui poderes para propor os ajustes que entender cabíveis, sejam eles a partir de uma interpretação mais restritiva da regra geral de dedutibilidade, sejam a partir da interpretação do conteúdo semântico de uma regra legal específica de dedutibilidade ou indedutibilidade.

### **Direito tributário x Contabilidade**

98. Conforme visto, a partir do lucro societário (lucro líquido ou lucro contábil), cabe ao contribuinte fazer as adições (caso das despesas indedutíveis), exclusões (receitas não tributáveis) e compensações previstas em lei, para aí sim quantificar a *renda líquida* (aumento patrimonial) ou o *prejuízo fiscal* (decrécimo patrimonial), levando em conta as aproximações e os distanciamentos entre contabilidade e direito tributário.

99. Como alertam Gustavo Lian Haddad e Enmanuel Garcia Abrantes<sup>34</sup>, *há situações em que a legislação tributária optou por incorporar o regime contábil (chamadas de aproximações) e situações em que a legislação tributária modificou no todo ou em parte os conceitos ou dados contábeis para apuração dos tributos.*

100. Já nas palavras de Roberto França de Vasconcellos e Bruno Palhares Bontempo<sup>35</sup>:

Considerando que a contabilidade e o direito tributário são ciências ontologicamente distintas, é natural que haja um descompasso entre as normas contábeis e as normas tributárias, principalmente no tocante à apuração do lucro da empresa após a adoção do princípio da “substância econômica sobre a forma jurídica” pelas ciências contábeis. Ademais, também pode haver coincidência entre as normas contábeis e as tributárias; embora com propósitos diferentes e amparados em princípios distintos, não é raro que tanto contabilidade quanto o direito tributário façam o mesmo recorte sobre determinado fato.

---

<sup>32</sup> Dizemos “em síntese” porque se um ato normativo específico pretender tributar o patrimônio, e não propriamente a renda, nada impede que o CARF o afaste por ilegalidade ou o contribuinte questione sua constitucionalidade perante o Poder Judiciário.

<sup>33</sup> Conforme artigo 6 do Decreto-Lei n. 1.598/77: “Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.”

<sup>34</sup> Lacunas no tratamento fiscal da mais ou menos-valia de ativos e passivos na aquisição de participação societária – propostas de solução. In: Controvérsias Jurídico-Contábeis. Organizadores Alexandre Evaristo Pinto .... São Paulo: Atlas. 2020. P. 157.

<sup>35</sup> Neutralização dos efeitos fiscais de planejamentos tributários baseados na aplicação de novos métodos contábeis. In: Revista de Direito Contábil Fiscal. Volume 2. Jul/Dez. 2019. São Paulo: MP Editora. Coord. Marcelo Magalhães Peixoto e Edison Carlos Fernandes.

Ocorre que o direito tributário pode se utilizar do lucro contábil como ponto de partida para a apuração do lucro fiscal, impondo uma inter-relação entre ambas as disciplinas, na medida em que as normas contábeis podem interferir diretamente na apuração de tributos (...). O contrário também, é verdadeiro – as normas jurídicas tributárias podem interferir diretamente na contabilidade, o que acontecia com frequência no Brasil antes da convergência do país ao padrão contábil internacional.

101. O estudo da relação entre contabilidade e direito tributário mereceria um verdadeiro tratado e é objeto de diversas classificações doutrinárias, destacando-se três modelos<sup>36</sup>: (i) de dependência total, que parte da identidade entre os balanços contábeis e fiscais; (ii) de autonomia, que tem por base a independência total das demonstrações contábeis e fiscais, as quais devem ser apuradas em conformidade com as regras próprias de cada uma dessas disciplinas; e (iii) de dependência parcial, que se fundamenta na apuração do lucro fiscal a partir do lucro contábil, respeitados os ajustes cabíveis em face das leis tributárias, como aparentemente teria sido adotado originariamente pelo nosso ordenamento.

102. Dizemos aparentemente porque, como bem observou o estudo de Luís Eduardo Schoueri e Pedro G. Lindenberg Schoueri<sup>37</sup>:

A despeito da possibilidade de proceder-se a ajustes fiscais ao lucro líquido, fato é que a retenção da mesma base de cálculo para ambas as disciplinas acabou por alimentar renovada ingerência tributária na Contabilidade. O que se viu, na sequência das alterações legais da década de 1970, foram normas tributárias que ditavam o registro de fenômenos contábeis para posterior tributação. (...) Tamanha era aquela influência que Polizelli fala em “dependência inversa” entre o lucro líquido societário e o lucro real tributável: a legislação tributária, conquanto preocupada com o segundo, dispunha-se a disciplinar, em maior ou menor medida, aspectos essenciais da apuração do primeiro, regulando condutas a serem adotadas quando do levantamento do resultado do exercício<sup>38</sup>.

103. Nesse sentido leciona Edison Carlos Fernandes<sup>39</sup>:

Tomando como ponto de partida a publicação da Lei nº 6.404, de 1976 (LSA), que foi a primeira legislação a sistematizar as normas contábeis brasileiras, a história demonstra a absoluta influência da legislação tributária sobre a elaboração das demonstrações financeiras. Se a LSA buscou regular a contabilidade de maneira autônoma e com seus próprios interesses (especialmente, o desenvolvimento do mercado de capitais), o Decreto-lei nº 1.598, de 1997, já no ano seguinte, estabeleceu uma relação contraditória entre apuração tributária e contabilidade societária: de um lado, o mencionado decreto-lei instituiu o Livro de Apuração do Lucro Real – Lalur, ratificando uma postura de segregação entre as normas contábeis (societárias) e as normas tributárias; porém, por outro lado, esse instrumento legislativo de matéria tributária disciplinou, por exemplo, o registro contábil do ágio de investimento, interferindo diretamente na prática contábil

<sup>36</sup> Modelos estes sugeridos por José Casalta Nabais. Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005.

<sup>37</sup> Arrendamento mercantil: (nova) modificação de critérios contábeis e seus impactos no RTT 2.0. In: Controvérsias Jurídico-Contábeis. Organizadores Alexandre Evaristo Pinto.... São Paulo: Atlas. 2020. P. 243.

<sup>38</sup> Polizelli, Victor Borges. Balanço comercial e balanço fiscal: relações entre o Direito Contábil e o direito tributário e o modelo adotado pelo Brasil. Revista Direito Tributário Atual, v. 24, 2010.

<sup>39</sup> Encerramento do ano fiscal de 2010 (IRPJ/CSLL no contexto do IFRS). In: Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2011, v. 2, p. 36.

das empresas. Embora desde a segunda metade da década de 1970 já se propague a ideia de existência de duas contabilidades (societária e tributária), a verdade é que a legislação tributária continuou dispondo sobre o registro contábil, e, muito por uma questão de simplicidade, as empresas passaram a elaborar suas demonstrações financeiras de maneira absolutamente influenciada por essa legislação (tributária).

104. Essa sistemática que acabou permitindo uma demasiada influência da disciplina fiscal na contabilidade vigorou no Brasil até o advento da Lei n. 11.638/2007, lei esta que trouxe alterações importantes no capítulo que dispõe sobre demonstrações financeiras da Lei n.º 6.404/76, visando promover o processo de convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas contábeis internacionais emitidas pelo, então, *International Accounting Standards Board* - IASB, conhecidas como *International Financial Reporting Standards* - IFRS.

105. Além das alterações contábeis instituídas por lei, o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), dentre outros órgãos, e com base em delegação de competência conferida pelo § 3º do artigo 177 da Lei n.º 6.404/76, também passaram a expedir normas alterando métodos e critérios contábeis, em geral, por meio de Resoluções, Deliberações, além de outros atos normativos, que aprovam manifestações do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

106. O CPC foi instituído pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade n.º 1.055/05, é composto por uma série de entidades, dentre as quais a ABRASCA, a APIMCE, a B3, o CFC, o IBRACON e a FIPECAFI e tem como objetivo “*o estudo, o preparo e a emissão de Pronunciamentos Técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais*”.

107. O reconhecimento dos fatos contábeis, até então tão influenciado pelo Direito Tributário, passou a ser norteador pela primazia da essência econômica sobre a forma; a mensuração pelo custo histórico foi, em grande medida, substituída pelas regras do valor justo, cálculo do valor presente e efetiva vida útil-econômica dos bens; e a evidenciação do patrimônio, antes não tão prestigiada, foi colocada como um dos principais papéis da “nova contabilidade”, que passa notoriamente a se preocupar com o fornecimento de informações confiáveis para que os empresários não apenas possam aferir a performance e “saúde financeira” da entidade, mas também possam inferir os seus fluxos de caixa futuros<sup>40</sup>.

108. Essa mudança de direção dos padrões contábeis promoveu relevantes modificações na forma de registro contábil de atos e negócios jurídicos realizados pelas empresas, que não mais se pautam exclusivamente por critérios jurídicos, mas sim por meio de critérios normatizados e impostos pela própria contabilidade.

109. A substituição do critério contábil do custo histórico pelo critério do valor justo é um bom exemplo desta mudança de rumos. Certos ativos passaram a ser contabilmente ajustados para refletir o seu valor de reposição mediante recompra no mercado (matérias-primas), o seu preço de venda no mercado (bens destinados a venda) e o seu valor provável de

---

<sup>40</sup> LOPES, Alexsandro Broedel e MOSQUERA, Roberto Quiroga. *O direito contábil – fundamentos conceituais, aspectos da experiência brasileira e implicações*. In: LOPES, Alexsandro Broedel e MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Controvérsias Jurídico-Contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética. 2010. P. 71, 72 e 77

alienação (investimentos e instrumentos financeiros). Para evitar o cômputo de ganhos e perdas ainda não realizados decorrentes destes ajustes de ativos, a lei societária criou a possibilidade do registro em uma conta de ajuste de avaliação patrimonial no patrimônio líquido, onde aqueles ajustes podem ser registrados até que ocorra a realização do respectivo ativo.<sup>41</sup>

110. Outros exemplos podem ser citados, como o arrendamento, subvenções para investimento, doações e perdão de dívidas, ágio (*goodwill*), contratos de concessão, prêmio na emissão de debêntures etc., os quais, com a nova contabilidade, passaram a se submeter a formas diferentes de registros nas demonstrações financeiras, que não mais necessariamente se vinculam aos aspectos jurídicos desses mesmos institutos.

111. As mudanças nos critérios contábeis foram tão significativas que exigiram a introdução de um regime fiscal de transição (Lei n. 11.941/2009), com aplicação do antigo padrão contábil brasileiro (BRGAAP) para fins de apuração dos tributos. A disparidade entre os critérios que iluminavam o padrão IFRS e a tributação no Brasil, entretanto, é muito acentuada, uma vez que esta, ao contrário daquele, é retrospectiva e está calcada em princípios e regras constitucionais que, de um lado, prestigiam a segurança jurídica, a capacidade contributiva e a certeza do Direito e, de outro lado, estão vinculadas às formas de Direito Privado. No momento de extinguir aquele regime de transição, a Lei n. 12.973/2014 praticamente tornou perene a separação entre a noção de patrimônio contábil e as normas de incidência tributária. Certa ou errada, esta foi a decisão do legislador brasileiro.<sup>42</sup>

112. Realmente a harmonização (ou convergências) das normas contábeis brasileiras, além de provocar uma verdadeira mudança de padrão na contabilidade brasileira, afinal alterou significativamente as relevantes funções de reconhecimento, mensuração e evidenciação das atividades econômicas, também deu azo a diversas situações de conflito entre critérios contábeis e normas jurídicas, especialmente para fins de quantificar a renda tributável.

113. O que precisa ficar claro, contudo, é que o lucro real apenas parte do lucro líquido do exercício, mas continua devendo ser ajustado pelas adições, exclusões ou compensações previstas na legislação tributária. Esse “detalhe” é da maior relevância e não admite flexibilizações, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico, no que diz respeito à seara tributária, é rígido e exaustivo, tendo como pano de fundo a consagração dos princípios da capacidade contributiva, estrita legalidade e segurança jurídica.

114. Nas palavras de Elidie Palma Bifano<sup>43</sup>: *os atos e fatos econômicos, relativos à vida da sociedade, serão interpretados, para fins contábeis, à luz dos princípios introduzidos pelos padrões internacionais de Contabilidade. De outro lado, para fins de Direito, os atos e fatos econômicos, relativos à vida da sociedade, serão interpretados à luz dos princípios inseridos no sistema jurídico brasileiro.*

115. Caminhando nessa trilha, Vittorio Cassone<sup>44</sup> foi direto ao ponto: “*não haverá efeitos relevantes na apuração do IRPJ e de outros tributos, com a utilização, como base para*

---

<sup>41</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *A neutralidade dos efeitos fiscais dos novos critérios contábeis*. Revista Consultor Jurídico, 29 de maio de 2019.

<sup>42</sup> NETO, Carlos Augusto Daniel e BOZZA, Fábio Piovesan. *Um Tributo ao Perdão – A Incidência de PIS/COFINS sobre a Remissão de Dívidas*. In: Revista de Direito Tributário Atual n. 41. São Paulo: IBDT. 2019. P. 137.

<sup>43</sup> BIFANO, Elidie Palma. *Contabilidade e Direito: a Nova Relação*. In: LOPES, Alexsandro Broedel, MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Controvérsias Jurídico-Contábeis*. 6º Volume. São Paulo: Dialética, 2010.

<sup>44</sup> CASSONE, Vittorio. *IRPJ – Contabilidade Realizada Segundo as Regras do IFRS – o Regime de Tributação em Bases Universais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Editora Magister. 2015. P. 249.

*tanto, da contabilidade realizada segundo as regras do IFRS, tendo em vista que, para definição do fato gerador e apuração da base de cálculo, a legislação tributária admite os ajustes necessários, com a finalidade de adequar a contabilidade à exigibilidade dos tributos, em obediência ao sistema constitucional tributário”.*

116. E isso não passou despercebido pelo Legislador. Considerando as diversas alterações introduzidas na legislação societária a partir da Lei n.º 11.638/07, foi editada a Medida Provisória n.º 449/08 (convertida na Lei n.º 11.941/09), que, entre outras medidas, instituiu o Regime Tributário de Transição (RTT) de apuração do lucro real, o qual trata dos ajustes tributários decorrentes das novas práticas contábeis<sup>45</sup>.

117. Mais precisamente, de acordo com o referido regime fiscal de transição, as bases de cálculo dos mencionados tributos deverão ser determinadas de acordo com a legislação contábil vigente em 31.12.2007, previsão legal esta que evidencia a intenção do Governo Federal na manutenção da metodologia de tributação já conhecida pelos contribuintes, além de possibilitar maior estudo acerca da nova legislação societária e os seus consequentes efeitos na tributação.

118. Nesse sentido previu os artigos 15 e 16 da Lei n.º 11.941/09:

Art. 15. Fica instituído o Regime Tributário de Transição – RTT de apuração do lucro real, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela *Lei n.º 11.638, de 28 de dezembro de 2007*, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei.

§ 1º - O RTT vigorará até a entrada em vigor de lei que discipline os efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, buscando a neutralidade tributária.

(...)

Art. 16. As alterações introduzidas pela *Lei n.º 11.638, de 28 de dezembro de 2007*, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no *art. 191 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.

Parágrafo único - Aplica-se o disposto no caput deste artigo às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3º do *art. 177 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, e pelos demais órgãos reguladores que visem a alinhar a legislação específica com os padrões internacionais de contabilidade.

119. Da leitura desses dispositivos legais, nota-se que, após a edição da Lei n.º 11.638/2007, os tributos federais seguiram o princípio da neutralidade quanto aos efeitos decorrentes da modificação de critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas que passaram a influenciar o lucro líquido.

120. No que tange aos anos de 2008 e 2009, o RTT era optativo. A partir do ano de 2010, no entanto, tal regime passou a ser obrigatório para todas as empresas até o momento em que fosse publicada nova lei disciplinando o tema, o que ocorreu quando da publicação da Lei n.º 12.973/14, que trouxe disposições específicas sobre a tributação, a partir de 2015 (salvo se

---

<sup>45</sup> Ressalte-se, aqui, que o RTT aplicou-se para o cálculo do IRPJ, da CSLL, e das Contribuições ao Programa de Integração Social (PIS) e para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), tendo por objetivo neutralizar os reflexos fiscais dos novos critérios contábeis trazidos pela Lei no 11.638/07.

o contribuinte tenha optado por antecipar seus efeitos para 2014), de diversos reflexos econômicos decorrentes da adoção dos novos critérios contábeis.

121. A Lei nº 12.973/14 disciplinou os efeitos tributários dos novos critérios contábeis, limitando-se, obviamente, a regulamentar aqueles que já haviam sido introduzidos no momento de sua edição e aprovação, prevendo ainda no seu artigo 58<sup>46</sup> que eventuais novas alterações de critérios contábeis, isto é, posteriores à sua publicação, devem ser consideradas neutras até que a legislação tributária as regule de forma expressa.

122. Toda essa sucessão legislativa demonstra a preocupação do Legislador com a tipicidade cerrada que norteia o mundo do direito tributário, afinal, conforme já abordado, os efeitos fiscais de eventos econômicos devem ser regulados pela lei (*estrita legalidade*), não podendo, sob pena de incorrer em ilegalidade, atos infralegais, sejam eles da Receita Federal ou provenientes de órgão regulatórios, restringir o que a lei permite ou impor condições não previstas no texto legal que reconhece um determinado direito ou permite uma dada conduta.

### **Do direito de deduzir despesas com amortização de ágio**

123. A glosa das despesas com a amortização do ágio foi fundamentada na não observância dos requisitos legais de dedutibilidade previstos nos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 vigente à época da operação de aquisição da participação societária da Medley pelo grupo Sanofi e matriz legal do artigo 386 do RIR/99.

124. Muito embora essa lei tenha sido publicada há mais de 20 (vinte) anos, a interpretação dos requisitos legais para os contribuintes fazerem jus à dedução fiscal lá prevista constitui ainda matéria cercada de tremenda insegurança jurídica, tendo em vista a instabilidade das decisões da CSRF sobre o tema, bem como a não rara criação de teses fazendárias inéditas, mas muitas delas criadas em sentido diverso da lei.

125. Nesse contexto, teceremos comentários gerais sobre a natureza jurídica do ágio e seu tratamento fiscal ao longo do tempo, não somente para buscar aplicar o Direito ao caso concreto, mas também para evitar qualquer influência de mitos ou preconceitos no presente julgamento.

126. A propósito, Marcos Lisboa e Vanessa Canado<sup>47</sup> buscaram evidenciar que:

Existem três mitos sobre o ágio. O primeiro está relacionado à intenção do governo ao permitir a dedução fiscal com a publicação da Lei 9.532 em 1997. Muitos textos, debates e até decisões do Carf parecem supor que o ágio foi estabelecido para estimular as privatizações dos anos 90, afinal representaria uma vantagem adicional de 34% para o comprador.

Apesar da coincidência entre o período da publicação da lei e as privatizações, a exposição de motivos do Ministério da Fazenda faz referência a outra razão: regular a

<sup>46</sup> Art. 58. A modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos emitidos com base em competência atribuída em lei comercial, que sejam posteriores à publicação desta Lei, não terá implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil, no âmbito de suas atribuições, identificar os atos administrativos e dispor sobre os procedimentos para anular os efeitos desses atos sobre a apuração dos tributos federais.

<sup>47</sup> Artigo “Três mitos sobre o ágio em aquisições”, publicado no Valor Econômico de 2 de Julho de 2018.

utilização do ágio tendo em vista os planejamentos tributários decorrentes da aquisição de empresas deficitárias. É provável que a referência seja às operações feitas com base no art. 34 do Decreto-Lei 1.598/77, que permitiam dedução integral e imediata, como perda de capital, da diferença entre o valor de aquisição e o acervo líquido da empresa incorporada. Pela exposição de motivos, o ágio nunca esteve restrito às privatizações e foi criado para mitigar um planejamento tributário considerado “não ortodoxo”.

O segundo mito é o de que o ágio é um benefício fiscal. Essa afirmação surpreende, já que ele foi criado para mitigar planejamentos tributários, além de desconsiderar que o ágio compõe o preço de venda, e deveria ser tributado pelo ganho de capital.

Independente disso, a aquisição de participações em empresas pode ser vista e regulada como qualquer outro investimento. Comprar uma participação societária não deveria ser mais ou menos oneroso do que comprar uma máquina ou outro ativo não-circulante. Os valores pagos pelas máquinas são deduzidos pelo seu prazo de vida útil, via depreciação, e aqueles pagos pelos intangíveis, pelo prazo de utilização do direito.

O ágio, entretanto, possui uma particularidade, pois não se relaciona a um ativo com prazo de vida útil definido. Seu fundamento é a expectativa de rentabilidade futura da investida, decorrente, por exemplo, de ganhos de sinergia. Nesse caso, qual o prazo para amortizá-lo? Existem dois caminhos: amortização por um prazo prefixado ou impossibilidade de amortização.

Antes de 2009, a regra contábil utilizava o primeiro caminho. A amortização do ágio era feita no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, observado o máximo de 10 anos. As regras tributárias também seguiram esse caminho a partir de 1997, com a Lei 9.532 permitindo a dedução em 5 anos.

A partir de 2009, com a adoção do IFRS, esse caminho foi abandonado pela contabilidade e o ágio (goodwill) não pode mais ser amortizado. A legislação tributária não alterou a opção pela dedução em 5 anos na reforma preparada especificamente para tratar das diferenças entre o novo padrão contábil (IFRS) e as normas tributárias (Lei 12.973/14).

O terceiro mito é o de que o ágio beneficia o comprador, em razão da dedução de parte do preço pago na apuração do lucro tributável. Juridicamente, essa é a premissa que justifica as autuações. Esqueceram de combinar com a economia.

Em um mercado competitivo, qualquer vantagem previsível que decorre da compra está embutida no preço de venda, como o ativo fiscal de 34% do ágio. O benefício, portanto, é apropriado pelo vendedor, e não pelo comprador. O comprador pagou o preço acordado e realiza o investimento pelo prazo legalmente definido. No caso das privatizações, o beneficiário, a propósito, era o próprio Estado.

Pode-se alterar a norma legal do ágio e impedir a sua dedutibilidade. A conta não será paga pelo comprador, mas pelo vendedor, com o menor preço de venda.

Não somos um país pobre à toa. A incerteza sobre a regra para o aproveitamento do ágio decorrente do vai-e-vem da jurisprudência e as interpretações equivocadas sobre os seus beneficiários ilustram o imenso esforço que fazemos para prejudicar o ambiente de negócios e a geração de renda.

Pois bem.

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

128. Com base no artigo 248 da Lei n. 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição<sup>48</sup>.

129. Note-se, aqui, que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, determinando apenas quem está sujeito ao MEP.

130. Já o Legislador tributário prescreveu, na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77<sup>49</sup>, que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

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

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

131. Como se percebe, foi o próprio direito tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do *método de equivalência patrimonial*, veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença apurada em razão do MEP.

132. Previa o artigo 20, ainda (§ 2º) – também de maneira inovadora, afinal a lei societária não fazia nenhuma referência às suas possíveis origens - que o lançamento do ágio ou deságio deveria indicar seu fundamento econômico, dentre os seguintes: a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

133. Provavelmente porque a parte do preço representado pelo ágio não estaria sujeito às flutuações inerentes ao MEP, o Legislador entendeu necessária a atribuição de uma razão econômica distinta do valor patrimonial da empresa adquirida. Daí falar-se em *ágio fiscal*, que não necessariamente corresponde ao ágio contábil, devendo este se sujeitar ao regramento próprio daquela ciência.

134. Analisando o artigo 20, § 2º, do Decreto-Lei n. 1598/1977, João Francisco Bianco<sup>50</sup> esclarece que:

(...) o ágio e o deságio representavam uma qualificação jurídica atribuída a uma parcela do custo de aquisição, pois a lei tributária determinava expressamente que, na primeira avaliação do investimento pelo MEP, o contribuinte deveria desdobrar o custo de aquisição, indicando o valor do patrimônio líquido e o valor do ágio ou deságio

<sup>48</sup> Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

<sup>49</sup> Artigo 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

<sup>50</sup> Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: *Controvérsias Jurídico-contábeis*. São Paulo: Atlas. 2020. P. 212.

(diferença entre o valor do patrimônio líquido da sociedade investida e o custo de aquisição). Logo, sob o ponto de vista eminentemente jurídico, o ágio ou deságio correspondia a mero desdobramento gráfico do valor despendido pelo contribuinte para a aquisição do investimento, independentemente da existência de um conceito autônomo e distinto de ágio ou deságio no âmbito da ciência contábil.

O que se pode extrair da análise dos fundamentos econômicos listados no art. 20, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977 é que o Legislador pressupôs duas formas principais de avaliação da pessoa jurídica adquirida: (a) a avaliação da pessoa jurídica adquirida pelo valor de seus ativos, que geralmente é utilizada para pessoas jurídicas em descontinuidade ou em processo de liquidação; e (b) a avaliação da pessoa jurídica em funcionamento a partir dos benefícios econômicos futuros que a sua atividade econômica é capaz de produzir.

Trata-se, portanto, de uma simples mudança de perspectiva. Ou se mensura individualmente os bens e direitos líquidos que integram o patrimônio da pessoa jurídica, ou se mensura a pessoa jurídica em sua totalidade (empresendimento).

135. Ainda sobre os possíveis fundamentos econômicos do ágio veiculados pelo artigo 20, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977, concordo com os apontamentos constantes do voto vencido do I. Conselheiro Alexandre Evaristo e transcritos a seguir, do qual na ocasião o acompanhei na íntegra (Acórdão 1201-003.201. Sessão de 16 de outubro de 2019):

Luís Eduardo Schoueri destaca que há um pleonasmio no tocante à existência dos três referidos fundamentos econômicos para o ágio, sendo que ao jurista cabe afastar o dispositivo legal ou buscar uma diferenciação que justifique a disciplina legal. Nesse sentido, diante da falta de limites claros entre os diversos fundamentos, Luís Eduardo Schoueri afirma que inexistente dispositivo legal que impeça que haja mais de uma fundamentação, de modo que o contribuinte pode escolher o fundamento que for mais vantajoso quando houver mais de uma fundamentação<sup>51</sup>.

Nesse sentido, para ilustrar que um mesmo fato pode se enquadrar em mais de um fundamento, Luís Eduardo Schoueri<sup>52</sup> traz a figura de três círculos que possuem intersecções, conforme abaixo:



Cumprir destacar que uma das etapas do processo contábil é a mensuração (LOPES, Alexandro B., MARTINS, Eliseu. Teoria da Contabilidade: uma nova abordagem. São Paulo: Atlas, 2005). A partir do estudo das formas de mensuração de um ativo, é possível dividi-las em dois grupos: valores de entrada e valores de saída (MARTINS, Eliseu (org.). Avaliação de empresas: Da mensuração contábil à econômica. São Paulo: Atlas, 2001. P. 27).

Os valores de entrada representam aqueles obtidos no mercado de compra da entidade, refletindo a importância que a entidade dá ou deu quando da aquisição daquele ativo, ao passo que os valores de saída são aqueles que seriam obtidas no mercado de venda,

<sup>51</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

<sup>52</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

refletindo a importância dada pelo mercado ao ativo que a empresa possui (MARTINS, Eliseu (org.). Avaliação de empresas: Da mensuração contábil à econômica. São Paulo: Atlas, 2001. P. 27).

Dentre os valores de entrada, destacam-se as seguintes formas de mensuração de ativo: (i) Custo histórico; (ii) Custo histórico corrigido; (iii) Custo corrente ou de reposição; (iv) Custo de reposição corrigido; e (v) Custo de reposição futuro.

Por sua vez, dentre os valores de saída, destacam-se: (i) Valor Realizado; (ii) Valor corrente de venda; (iii) Valor realizável líquido; (iv) Valor de liquidação; (v) Valor de realização futuro; e (vi) Valor presente do fluxo de caixa futuro.

Com relação aos valores de saída, cumpre notar que, para fins de uma avaliação econômica, os ativos podem ter ao mesmo tempo diferentes valores. No que tange aos valores de saída mais comuns, é importante salientar que um ativo pode ter tanto um valor de venda líquido das despesas para tal venda quanto um valor de uso, isto é, um valor decorrente da utilização econômica daquele ativo descontado a valor presente.

Como decorrência de tal raciocínio, é cabível sob o ponto de vista econômico que um ativo (tangível ou intangível) tenha um valor realizável líquido, que seria o valor pelo qual seria transacionado em uma operação com parte independente, quanto um valor de rentabilidade futura decorrente de sua utilização.

Tendo em vista que há substrato econômico para a fundamentação de um ativo por mais de um valor de saída e diante da inexistência de ordem de escolha na redação original do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 para a fundamentação do ágio (...), é possível que todo o fundamentado econômico seja alocado como rentabilidade futura, desde que haja um laudo suportando tal fundamento.

Aliás, em termos econômicos, somente faria sentido alocar o custo de aquisição como parte de ativos tangíveis ou intangíveis se a entidade tivesse a intenção de alienar os referidos ativos. Caso contrário, aqueles ativos foram adquiridos para serem utilizados, isto é, com base em seu valor de uso, que refletem a rentabilidade futura decorrente do uso daqueles ativos.

Até a edição da Lei n.º 11.638/07 e do Pronunciamento Contábil n.º 15 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, **o valor registrado como ágio estava sujeito à amortização contábil.**

Sergio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke destacavam que as contrapartidas da amortização do ágio eram lançadas contabilmente como despesas operacionais, sendo que os critérios de amortização iriam variar de acordo com o fundamento econômico do ágio<sup>53</sup>.

Assim, o ágio decorrente da amortização por diferença do valor de mercado dos bens era amortizado na proporção em que o ativo fosse realizado na controlada ou coligada, por depreciação, amortização, exaustão ou baixa em decorrência de alienação ou perecimento do ativo<sup>54</sup>.

Por sua vez, no tocante ao ágio por valor de rentabilidade futura, o ágio deveria ser amortizado contabilmente no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio<sup>55</sup>.

(...)

<sup>53</sup> IUDICIBUS, Sergio de, MARTINS, Eliseu, GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp 173-177.

<sup>54</sup> IUDICIBUS, Sergio de, MARTINS, Eliseu, GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp 173-177.

<sup>55</sup> IUDICIBUS, Sergio de, MARTINS, Eliseu, GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp 173-177.

Não me parece adequado à redação do art. 20 do Decreto-lei 1.598/77, antes da alteração da Lei 12.973/2014, que o legislador tivesse estabelecido uma ordem para reconhecimento do ágio apenas como a parcela residual.

136. Não obstante essas potenciais intersecções nos fundamentos econômicos do ágio, o fato é que a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, conseqüentemente, do ágio ou deságio) em função de seu motivo (fundamento econômico), conforme artigos 25, 31, 33<sup>56</sup> e 34 do Decreto-Lei n.º 1.598/77, in verbis:

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

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

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

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

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

(...)

**Artigo 34** - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

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

II - será computado como **ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas**, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

---

<sup>56</sup> Esse artigo foi alterado pela Lei n.º 12.973, de 2014.

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e  
(*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

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

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

137. Da leitura desses dispositivos, verifica-se que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por fusão, incorporação ou cisão, afinal o contribuinte estava sujeito ao comando legal que prescrevia a apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações.

138. Assim dispunha o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*), o resultado do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido avaliado a mercado que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como *perda de capital*, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como *ganho de capital*.

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

140. Reporto-me novamente às palavras de João Francisco Bianco<sup>57</sup>:

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

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

Em outras palavras, o ágio é neutro antes do evento de incorporação, fusão ou cisão, porque o investimento ainda não foi realizado, assim como o resultado de equivalência patrimonial é neutro porque os lucros ou dividendos da sociedade investida ainda não foram distribuídos, refletindo mero ajuste contábil de caráter provisório e aproximado,

---

<sup>57</sup> Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: *Controvérsias Jurídico-contábeis*. São Paulo: Atlas. 2020. P. 203.

que tem o objetivo de ajustar o valor do investimento para refletir a situação econômica atual da sociedade investida

141. Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da incorporação reversa de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

142. Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), este até então não tinha influência para fins de definir a sua tributação, tendo em vista que a norma fiscal vigente não criava distinções em razão disso ou de qualquer outro motivo. O que a lei determinava era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o valor contábil das ações ou quotas e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.

143. Valendo-se dos fundamentos do voto do I. Conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira, em julgamento do qual participei e que foi objeto do Acórdão 1201-003.202:

Com uma incorporação, a participação societária deixava de existir. Num caso de incorporação direta, a investidora-incorporadora herdava os bens e obrigações da empresa incorporada-investida. O patrimônio da investida deveria ser reavaliado a mercado, compondo assim o *acervo líquido a mercado*. Do confronto entre ambos, apurava-se um ganho ou uma perda de capital.

Se o valor contábil do investimento fosse maior do que o acervo líquido a mercado da investida, a incorporadora teria perdido mais do que ganhado, apurando assim uma perda de capital, a qual poderia ser de uma só vez deduzida do Lucro Líquido ou, por opção, ativada no Diferido para “amortização” em até 10 (dez) anos.

*A contrario*, se o acervo líquido recebido a valor de mercado pela incorporadora fosse maior do que o valor contábil do investimento, esta apurava ganho de capital, o qual deveria ser tributado. Se este ganho tivesse ocorrido por conta da reavaliação para mais de bens recebidos, a diferença correspondente poderia ser atrelada a cada um deles para só ser oferecida à tributação na medida de suas realizações.

144. Em outras palavras, independentemente da razão econômica do ágio, o Decreto-Lei n. 1.598/77 permitia a sua dedução imediata após a liquidação do respectivo investimento por incorporação, limitada à diferença entre o seu valor contábil e o valor do acervo líquido absorvido da investida avaliado a mercado (e não a valor contábil<sup>58</sup>).

145. Nota-se, nessa sistemática, que a perda de capital dedutível era objetiva e influenciada diretamente pelos bens recebidos pela sucessora, que deveriam ser avaliados a mercado no momento de calcular o valor do acervo líquido, valor este que figurava como redutor no cálculo da perda de capital dedutível. Por isso a irrelevância do fundamento do ágio para fins tributários naquele momento, afinal existia regra própria de alocação da mais valia de bens pela própria norma fiscal.

---

<sup>58</sup> O Parecer Normativo CST n. 51/1979, aliás, confirmou que a dedução imediata apenas se aplicava aos casos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades cujo valor do acervo líquido fosse avaliado a valor de mercado.

146. Na prática, porém, muitas empresas se valeram da generalidade da norma fiscal para amortizar ágios oriundos de empresas deficitárias e com PL negativo ou cuja origem era proveniente de operações simuladas ou sem fundamentação clara, o que chamou a atenção dos Poderes Executivo e Legislativo, que não obstante a possibilidade de requalificar juridicamente os atos objeto de simulação, resolveram também estabelecer novo tratamento fiscal para a baixa do ágio após fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito com base nas regras introduzidas pela MP 1.602/1997, a qual, após sua conversão na Lei 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º, *in verbis*:

**Artigo 7º** - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha** participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977<sup>59</sup>: (*grifamos*)

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

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

**III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;**

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

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

---

<sup>59</sup> Artigo 20 - (...)

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

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

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

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

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

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

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

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

**Artigo 8º** O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

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

147. Da exposição de motivos da Medida Provisória<sup>60</sup> extrai-se que:

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

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

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

(...)

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

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

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

148. Logo no item 3 acima, nota-se que o Governo buscou por meio dessa lei criar mecanismos para viabilizar operações entre empresas nacionais ou do exterior, além de prevenir a evasão de receita tributária.

<sup>60</sup> Publicada no Diário do Congresso Nacional de 02/12/1997 (páginas 18.021/18.023).

149. Especificamente sobre a alteração na normatização dos efeitos fiscais da baixa do ágio, percebe-se que a alteração da norma fiscal que já permitia a sua dedução nos termos que acabamos de ver foi motivada para fins de coibir planejamentos tributários “nada ortodoxos”, notadamente a incorporação de ou por empresas deficitárias exclusivamente para gerar economia tributária em razão da dedução do ágio pago por empresas lucrativas.

150. Nesse particular, embora outros artigos desse mesmo texto legal tratem de verdadeiros incentivos fiscais, não há na Exposição de Motivos que acompanhou a referida MP nenhuma menção, referência ou sinal de qualquer pretensão do Governo de conceder uma espécie de *benefício fiscal* (no sentido de veicular uma *isenção* ou *incentivo fiscal*), mas tão somente de reformular o tratamento tributário do ágio.

151. Nesse ponto, não se pode perder de vista que o direito à dedução do ágio não constitui um benefício fiscal em sentido técnico (renúncia estatal), afinal sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), o qual, na ausência de regra legal específica, já seria dedutível quando da liquidação ou baixa do investimento por implicar uma perda, isto é, um decréscimo patrimonial.

152. De qualquer forma, houve por bem o Legislador:

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

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado<sup>61</sup>), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

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

(iv) autorizou de forma expressa a aplicação deste regime tributário não só na incorporação direta, mas também na incorporação reversa.

153. Sob a égide, então, do artigo 7º da Lei 9.532/1997, a dedução como perda de capital atribuída à baixa do ágio por extinção do investimento em razão de fusão, cisão ou incorporação passou a ser permitida exclusivamente quando seu motivo econômico consistir na expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida prevista na alínea b do § 2º, do artigo 20, do Decreto-Lei n. 1.598/77.

154. E de acordo com a redação do § 3º deste mesmo artigo 20, antes de sua alteração pela Lei n. 12.973/2014) “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”.

---

<sup>61</sup> No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

155. Como se pode notar da leitura desse dispositivo, a legislação tributária não trouxe detalhes sobre a forma de “demonstração” do ágio, nem sobre o seu arquivamento. Na ausência, então, de prescrição em lei (e, inclusive, em regulamentação infralegal sobre o tema), forçoso concluir que o contribuinte tem liberdade para elaborar essa demonstração da forma como lhe parecer mais adequado, mas desde que evidencie claramente que diz respeito à precificação do negócio.

156. Ordinariamente, esses demonstrativos costumam ser preparados com base em projeções de fluxo de caixa descontado, em estudos econômicos internos ou por meio de laudos de empresas de auditoria, informações estas aptas para fins de ponderação do preço de aquisição do investimento.

157. Com relação ao “arquivamento”, a ausência de uma entidade pública dotada de competência para desempenhar esta função também permite concluir que o referido demonstrativo deve ser preservado em arquivo privado pelo contribuinte que apura o ágio, a fim de que seja apresentado às autoridades fiscais quando solicitado.

158. Nesse contexto, ou seja, sob a vigência das regras legais veiculadas pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, nem é preciso dizer que a dedução fiscal da perda de capital, calculada a valor contábil, pelas empresas que detinham investimento adquirido com ágio demonstrado pela rentabilidade futura da investida, expressamente autorizada pela lei, deu tremendo fôlego ao mercado de aquisições de empresas estatais e, conseqüentemente às fusões, cisões e incorporações de sociedades.

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

160. Como pontua Valter Lobato<sup>62</sup>:

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

161. Sobre a motivação dessa alteração legislativa, transcrevo ainda parte do voto condutor do Acórdão nº 1301-000.999:

A motivação que levou o legislador a editar esta norma (...) foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresa veículo.

---

<sup>62</sup> O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais variados setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações reguladoras específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário, atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida), o normativo deixou ao inteiro talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), ao vincular a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão.

162. Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, que conferiu o direito de dedução nas hipóteses legais do artigo 7º, a figura do "ágio" foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações lícitas e ilícitas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de atuações fiscais.

163. A crescente utilização de ágio e, reconhecemos, seu abuso em dadas operações, chamaram a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro "caça às bruxas" a qualquer operação com ágio, passando a autuar os contribuintes no modo "piloto automático", mas sem perceber que, em muitos casos, acabaram confundindo operações lícitas e induzidas pelo poder público com operações simuladas ou fraudulentas, estas sim repudiáveis.

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

165. Por mais apaixonante ou justo que possam ser as normas regulatórias ou contábeis acerca do ágio, o fato é que há todo um regime jurídico-tributário específico, que, inegavelmente, devem prevalecer em um autêntico Estado Democrático de Direito.

166. A CSRF, nesse particular, já rechaçou a tentativa das autoridades fiscais conferirem prevalência de normas não tributárias (no caso, da CVM) sobre leis tributárias, conforme atesta o seguinte julgado (Acórdão 9101-002.539, de 20/01/2017) decidido por unanimidade:

PREVALÊNCIA DA NORMA TRIBUTÁRIA SOBRE INSTRUÇÃO NORMATIVA DE ÓRGÃO REGULADOR.

Disposição expressa da lei tributária sobre possibilidade de se amortizar a despesa de ágio em 60 meses não pode ser afastada por instrução normativa expedida por órgão regulador (CVM) que dispõe que a amortização deve ser dar no prazo de concessão. Pode a empresa manter contabilidade empresarial para atender órgão regulador e contabilidade fiscal para atender o interesse do Fisco. Instrução normativa de órgão regulador não o condão de vincular a pessoa jurídica para fins fiscais porque não é norma complementar expedida pela administração tributária nos termos do art. 100 do CTN.

167. Com efeito, dentro do contexto da convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas e princípios contábeis internacionais, o ágio foi regulamentado pelo Pronunciamento Técnico (CPC) 15, de 26/06/2009 (posteriormente substituído por nova versão aprovada em 03/06/2011 – CPC15(R1)), normativo este restrito às “combinações de negócios” praticadas entre partes independentes e que determinou o método de alocação do preço de compra (*purchase method*) como critério para contabilização de operações de aquisição de controle.

168. Nesse sentido, o item 4 do CPC 15 determina que o método de aquisição deverá ser aplicado em cada operação de combinação de negócios<sup>63</sup>, mediante quatro etapas dispostas no item 5 do CPC 15: (i) identificação do adquirente; (ii) determinação da data de aquisição; (iii) reconhecimento e mensuração dos ativos identificáveis adquiridos, dos passivos assumidos e das participações societárias de não controladores na adquirida<sup>64</sup>; e (iv) reconhecimento e mensuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*)<sup>65</sup> ou do ganho proveniente de compra vantajosa.

169. Ressalte-se, ademais, que o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) não está mais sujeito à amortização contábil, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (*impairment*) pelo menos uma vez ao ano, na linha do que determina o Pronunciamento Contábil nº 1 do CPC (“Redução ao Valor Recuperável de Ativos”).

170. Esse regramento contábil, na verdade, acabou sendo incorporado pela legislação tributária apenas com o advento da MP 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014 e que alterou a redação do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 nos seguintes termos:

---

<sup>63</sup> CPC 15: “4. A entidade deve contabilizar cada combinação de negócios pela aplicação do método de aquisição”.

<sup>64</sup> De acordo com o item 18 do CPC 15, “o adquirente deve mensurar os ativos identificáveis adquiridos e os passivos assumidos pelos respectivos valores justos da data da aquisição.”

<sup>65</sup> Nos termos do item 32 do CPC 15: “ O adquirente deve reconhecer o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*), na data da aquisição, mensurado pelo montante que (a) exceder (b) abaixo:

(a) a soma:

(i) da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida, mensurada de acordo com este Pronunciamento, para a qual geralmente se exige o valor justo na data da aquisição (ver item 37);

(ii) do montante de quaisquer participações de não controladores na adquirida, mensuradas de acordo com este Pronunciamento; e

(iii) no caso de combinação de negócios realizada em estágios (ver itens 41 e 42), o valor justo, na data da aquisição, da participação do adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação;

(b) o valor líquido, na data da aquisição, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados de acordo com este Pronunciamento”.

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: *(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)*:

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

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e *(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)*

III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput. *(Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)*

§ 1 - Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas. *(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)*

§ 2º - *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

§ 3 - O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação *(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)*

171. Sob a égide dessas novas regras<sup>66</sup>, verifica-se, primeiramente, uma aproximação do direito tributário ao societário pós IFRS no que diz respeito à motivação do ágio, motivação esta que novamente perde importância, uma vez que não há mais como fundamentá-lo nas três razões econômicas previstas na redação originária do artigo 20, § 2º, que foi revogado.

172. Mais precisamente, o atual regime jurídico das despesas com ágio, instituído pela Lei 12.973/2014, é mais consistente com a natureza contábil do ágio, eliminando a justificativa subjetiva do motivo econômico. No atual regime, a mensuração e a alocação do ágio passou a seguir a sistemática quanto à ordem de preferência prevista no CPC n. 15, por meio do qual a sociedade investidora deve realizar a alocação do preço de aquisição ao valor justo líquido dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, a fim de que apenas o valor residual seja tratado como ágio por rentabilidade futura.

173. Tendo em vista que uma avaliação confiável do valor de uma empresa consiste em um trabalho minucioso e bastante complexo, admite-se que a segregação do custo de aquisição seja escriturada provisoriamente, em valores estimados, no momento da aquisição. Posteriormente, esses valores devem ser ajustados quando a mensuração e a sua respectiva demonstração estiverem prontas, conforme procedimento previsto no CPC 15. Veja-se o seguinte trecho do pronunciamento sobre a mensuração do ágio:

Durante o período de mensuração, o adquirente deve ajustar retrospectivamente os valores provisórios reconhecidos na data da aquisição para refletir qualquer nova informação obtida relativa a fatos e circunstâncias existentes na data da aquisição, a qual, se conhecida naquela data, teria afetado a mensuração dos valores reconhecidos. (...)

---

<sup>66</sup> Válidas a partir de 01/01/2015, exceto para os contribuintes que optarem por aplica-las a partir de 01/01/2014, nos termos da Instrução Normativa n. 1.469/2014.

46. O período de mensuração é o período que se segue à data da aquisição, durante o qual o adquirente pode ajustar os valores provisórios reconhecidos para uma combinação de negócios. O período de mensuração fornece um tempo razoável para que o adquirente obtenha as informações necessárias para identificar e mensurar, na data da aquisição, e de acordo com este Pronunciamento, os seguintes itens:

- (a) os ativos identificáveis adquiridos, os passivos assumidos e qualquer participação de não controladores na adquirida;
- (b) a contraprestação transferida pelo controle da adquirida (ou outro montante utilizado na mensuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura – goodwill);
- (c) no caso de combinação de negócios realizada em estágios, a participação detida pelo adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação; e
- (d) o ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) ou o ganho por compra vantajosa.

174. Como se extrai do trecho acima transcrito, o laudo relativo ao fundamento econômico do ágio (*Purchase Price Allocation - PPA*) deve, em atenção aos ideais das melhores práticas contábeis, ser preparado até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação, tempo este que a lei considerou suficiente para mensurar de forma confiável os intangíveis detidos pela empresa, o valor justo dos seus ativos e passivos, e residualmente a projeção de rentabilidade futura.

175. Outra aproximação da lei societária com a lei fiscal se fez presente quanto à impossibilidade do ágio decorrer de operações entre partes dependentes. Tanto a contabilidade quanto o direito tributário rechaçam atualmente o uso do ágio em operações “internas”.

176. Por outro lado, verifica-se um distanciamento da regra fiscal nova com a regra contábil IFRS, que não permite a amortização contábil do ágio, ao passo que a Lei n. 12.973/2014 autoriza, nas hipóteses de fusão, cisão ou incorporação, a amortização do *goodwill* à razão máxima de 1/60 por mês, desde que suportado por meio do laudo referido no § 3º do artigo 20 (*laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação*).

177. Finalmente, chama atenção o fato de que a MP 627/2013, em sua redação original, tentou impedir o aproveitamento fiscal do *goodwill* relativo às operações societárias de substituição de ações ou quotas de participação societária, mas essa disposição deixou de ser incluída na Lei n. 12.973/2014.

178. Feitas todas essas considerações, passaremos agora a analisar se as premissas que levaram a glosa do ágio nessa situação particular se sustentam diante da legislação aplicável, qual seja, os artigos 7º e 8º da Lei n. Lei 9.532/97.

179. E apenas para melhor elucidar os fatos, a glosa da amortização do ágio na aquisição da Medley pela Sanofi foi levada a cabo em razão dos seguintes argumentos: (i) intempestividade do demonstrativo do fundamento econômico do ágio, pois feito em momento posterior ao da aquisição; (ii) uso indevido (ou simulado) de empresas veículos, sem propósito econômico, para permitir a dedução do ágio; e (iii) ausência de confusão patrimonial entre real investidor (Sanofi França) e empresa investida.

180. Subsidiariamente, a fiscalização ainda questiona o valor do ágio propriamente dito, sob a alegação de que o contribuinte (iv) não poderia ter computado os

valores referentes às operações de aumento de capital; e (v) deveria ter excluído o valor da mais valia indicado no laudo que foi apresentado como parâmetro para definir o preço ajustado e pago.

### **Da demonstração do fundamento econômico do ágio**

#### 181. De acordo com a DRJ:

A fiscalização rejeitou o laudo apresentado pela autuada com o fito de demonstrar o fundamento econômico do ágio a que se refere o § 3º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, porque esse documento, elaborado pela consultora Deloitte está datado de 30/06/2009, ao passo que a efetiva data de aquisição ocorrera mais de dois meses antes, em 27/04/2009. No termo de verificação consta ainda que foi apresentado estudo elaborado antes da aquisição da Medley denominado “Medley – Valuation Summary, mas a fiscalização retira valor probante a tal trabalho porque lhe falta a conclusão e a identificação de seu autor.

(...)

Entende-se também que a legislação em vigor na época dos fatos exigia que a demonstração tenha sido produzida em data ser anterior ou no máximo contemporânea ao registro contábil do ágio, pois do contrário, se não havia o estudo ou avaliação do valor efetivo da participação adquirida, não se pode atestar que o ágio foi de fato pago em virtude da expectativa de exercício futuro.

Não se trata apenas de um aspecto meramente formal. Quanto aos requisitos intrínsecos ou extrínsecos desse documento, sua forma ou conteúdo, o § 3º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, então vigente, não trazia nenhuma disposição expressa.

Daí que se deve concluir que sua forma era livre. Isso não significa, porém, que o fisco está obrigado a aceitar qualquer demonstração ou que esta não precisa se fundar em critérios coerentes e sólidos.

#### 182. Não concordo, porém, com esse racional.

183. Isso porque, no momento da aquisição da participação societária em questão (27/04/2009), e conforme já abordado, o § 3º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, estabelecia que o registro do ágio com fundamento nas letras a e b do § 2º (ou seja, a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; e b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros) deveria *ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*.

184. Nota-se, ao contrário do regime atual, que não havia estipulação de forma de elaboração, prazo, meio de arquivamento ou critério legal definindo a metodologia de avaliação, o que significa dizer que o contribuinte possuía ampla margem de subjetividade e liberdade para comprovar o motivo econômico de ter pago ágio.

185. O ágio de que ora estamos tratando, diga-se, foi apurado pelo grupo Sanofi na aquisição da ações da Medley. Nesta operação entre partes não relacionadas, houve sacrifício econômico dos compradores da ordem de **R\$1,5 bilhões**, posteriormente ajustados em mais cerca de **R\$ 47 milhões** (*earnout*), valores estes cujo desembolso foi confirmado pela fiscalização, conforme exposto no TVF.

186. Nesse contexto, a Recorrente comprovou que a aquisição societária em questão foi realizada com base não só em estudo interno, mas por meio de laudo técnico contratado especificamente para a finalidade de avaliar o preço do negócio.

187. Apesar do referido estudo (fls. 5.391/5.419) aparentar não ser conclusivo e não identificar o autor, o laudo feito por auditores independentes (fls. 5.421/5.473) atende a praxe de mercado, especifica a metodologia adotada e justifica o preço da operação. Basta ler a conclusão, transcrita a seguir (grifos nossos):

(...)

Conforme solicitado por V.Sas., procedemos aos serviços de Avaliação Econômico-Financeira, na data-base de 27 de abril de 2009, da totalidade das ações da Medley S/A Indústria Farmacêutica ("*Medley*" ou "*Empresa*"), cujos resultados estão apresentados neste Laudo.

Entendemos que o propósito deste estudo é estimar o valor econômico para a totalidade das ações da *Medley*, visando suportar o valor pago em sua aquisição pela Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda. ("*Sanofi Comercial*") e pela Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda. ("*Sanofi Industrial*"), **baseado na expectativa de rentabilidade de suas operações no futuro**. Nenhum outro objetivo pode ser subentendido ou inferido, bem como, este documento se destina ao uso restrito de V.Sas, para a finalidade descrita acima, exclusivamente.

#### **DEFINIÇÃO DE VALOR E METODOLOGIA**

A estimativa do valor econômico foi baseada no conceito de valor de investimento ("*investment value*"), o qual pode ser definido como o valor para um investidor em particular, baseado em suas perspectivas e interesses específicos. O valor de investimento de uma empresa é geralmente uma função de diversos fatores, tais como: estimativas de geração futura de fluxos de caixa, percepção do grau de risco e da taxa de retorno requerida, custos de captações (empréstimos) e impostos, além de sinergias potenciais.

No presente trabalho, conforme detalhado a seguir, foi adotado o *Income Approach* (Método da Lucratividade), **baseado no enfoque do Fluxo de Caixa Futuro Descontado a Valor Presente. O enfoque do Fluxo de Caixa Descontado se baseia no conceito de que o valor econômico de um negócio em marcha está diretamente relacionado ao valor presente dos fluxos de caixa líquidos gerados pela rentabilidade futura das operações da empresa.**

#### **SUMÁRIO DAS PRINCIPAIS PREMISSAS E CONSIDERAÇÕES**

As principais premissas e considerações que balizaram nossa estimativa de valor foram fornecidas pelas Administrações da *Sanofi Comercial*, *Sanofi Industrial* e *Medley*, as quais foram discutidas e analisadas, e estão descritas detalhadamente no presente Laudo. A seguir, apresentamos um sumário das principais premissas adotadas:

- A data-base da avaliação é 27 de abril de 2009;
- Os valores projetados estão apresentados em termos reais, isto é, não consideram efeitos inflacionários futuros;
- Os fluxos de caixa operacionais foram projetados para o período de 1º de maio de 2009 a 31 de dezembro de 2018; e
- O valor residual foi calculado com base na perpetuidade do último fluxo de caixa projetado (2018), ajustado quanto ao nível de investimentos, depreciação e capital de giro, considerando crescimento vegetativo constante de 4,2% ao ano.

#### **RESULTADO DA AVALIAÇÃO**

Com base no escopo de nossas análises, pesquisas, metodologia aplicada, premissas e considerações adotadas e informações obtidas durante a execução de nossos trabalhos, conforme detalhado neste Laudo, estimamos que, na data-base de 27 de abril de 2009, o valor econômico das operações da *Medley* é de **R\$ 1.872.735 mil (um bilhão, oitocentos e setenta e dois milhões, setecentos e trinta e cinco mil reais), apurado com base na metodologia do Fluxo de Caixa Descontado ("Income Approach")**, conforme demonstrado a seguir:

<b>Resultado da Avaliação Medley</b>	<b>(em R\$ mil)</b>
<b>Valor Presente do Fluxo de Caixa</b>	<b>742.651</b>
(+) Valor Residual (Perpetuidade)	1.130.084
<b>(=) Valor Econômico Operacional</b>	<b>1.872.735</b>

188. O laudo está datado de **30/06/2009**, apenas 61 (sessenta e um) dias após o fechamento do negócio (**27/04/2009**), e inclusive faz referência a esta última data como base dos trabalhos executados.

189. Ora, uma transação desse porte não ocorre da “noite para o dia” ou sem estudos preparatórios. Trata-se de negociação entre dois grupos empresariais de grande porte e com atuação internacional negociando a aquisição de controle societário que envolve, inclusive direitos de exploração de atividades econômicas regulamentadas.

190. É comum, aliás, que negócios dessa magnitude exijam sigilos das partes, até mesmo para evitar repercussões negativas no mercado, que podem até impactar as bolsas de valores.

191. Também a possibilidade de um laudo elaborado logo após a aquisição (61 dias) para “convalidar” o acordo celebrado entre as partes não deveria causar estranheza. Entendo, aqui, que isso é razoável, até mesmo como meio de consolidar os dados estimados, muitas vezes dispersos e que lastrearam as discussões prévias à assinatura do instrumento de compra e venda de ações.

192. O demonstrativo, pois, não é ato constitutivo de direito, possuindo nítida natureza declaratória, pois é perfeitamente factível que ele se reporte aos dados utilizados para fins de guiar uma proposta (inicial e final) pelos compradores.

193. No caso, então, entendo que o lapso temporal do laudo, além de irrisório e plenamente justificável aos olhos da lei de regência e de toda a lógica do ágio em operações entre partes não relacionadas, jamais poderia servir de fundamento contra a demonstração do fundamento econômico, na linha das seguintes decisões proferidas por esta própria TO:

INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos. (Acórdão 1201-001.438. Sessão de 07/06/2016).

LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos. (Acórdão 1201-002.247. Sessão de 19/07/2018).

194. Nesse sentido, entendo que o laudo elaborado pouco tempo depois da operação, mas a ela fazendo referência, é suficiente para demonstrar e comprovar que o ágio é decorrente da expectativa de resultados futuros.

195. No tocante ao argumento subsidiário arguido no TVF (e mantido pela decisão de piso) no sentido de que a Recorrente não poderia ter dado tratamento de ágio dedutível à parcela de R\$ 35.049 milhões atribuída pelo laudo (vide fls. 5.463) como *mais valia* de ativo imobilizado, este também não se sustenta.

196. Primeiro porque, conforme visto, não havia à época nenhuma ordem de prioridade na alocação do ágio, tendo sido demonstrado pelo próprio laudo que todo ágio diz respeito à rentabilidade futura constatada com base na metodologia do Fluxo de Caixa Descontado.

197. E segundo porque a fiscalização e a DRJ não se ativeram ao fato de que, embora o laudo tenha estimado o valor da participação societária em R\$1,872 bilhões, os compradores desembolsaram, na verdade, R\$ 1,547 bilhões, o que significa dizer que, na verdade, o montante da *mais valia* não refletiu no preço do negócio, podendo até ser desprezado.

### Das ditas empresas veículo

198. A licitude ou ilicitude de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de gerar economia fiscal deve ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei e não por motivos pessoais, ideologias, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, não custa repetir, além de nortear a tributação, constituem valores que foram garantidos no nosso ordenamento.

199. A redação atual do referido artigo 116 do CTN, tal como foi positivado após sua alteração pela LC 104/2001, apenas reforça a figura da simulação (e dissimulação) como meio apropriado a coibir a evasão fiscal.

200. Segundo o professor Sérgio André Rocha<sup>67</sup>:

Por mais que desperte paixões esse debate axiológico tem pouca relevância – ou deveria ter pouca relevância – na solução de casos concretos. Com efeito, **o ponto chave neste debate é o conceito de simulação**. No fundo, embora ele seja onipresente em todos esses autores, em termos práticos, 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.

201. Com efeito, os limites daquilo que se denomina de “planejamento tributário” – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria economia legítima de tributos - estão restritos, além dos casos que envolvem dolo e fraude, às hipóteses de simulação, como determina o artigo 149, VII, do CTN, *in verbis*:

---

<sup>67</sup> Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

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**;

202. Nesse caso concreto, a fiscalização acabou entendendo, a passos tortos, que o aproveitamento fiscal do ágio na verdade restaria prejudicado em função de uma simulação pela “interposição” de empresas veículos, que teriam figurados apenas na aparência, pois carentes de propósito ou substância.

203. E no contexto dos *planejamentos tributários*, a figura da simulação cada vez mais merece destaque, afinal ela está inserida como principal limite do que pode ou não pode ser considerado eficaz aos olhos do Direito.

204. É a simulação uma espécie de *divisor de águas*. Havendo simulação, estaremos diante de caso de evasão fiscal, ilicitude que deve ser combatida e que permite a requalificação jurídica da descrição do fato. Afastada a simulação, estaremos diante de elisão fiscal, isto é, planejamento fiscal lícito e assegurado desde que em consonância com os princípios da legalidade e livre iniciativa.

205. Conforme leciona Paulo Ayres Barreto<sup>68</sup>, provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.

206. A grande dificuldade prática, porém, é a de livrar-nos do apriorismo conceitual que até recentemente e ainda hoje se faz presente acerca da definição do conceito de “simulação”. Não é à toa que Marco Aurélio Greco<sup>69</sup> chegou a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

207. O tema, portanto, enseja um percurso (mais um) sobre os contornos normativos e doutrinários da simulação, para em seguida ponderar se estamos ou não diante de uma reestruturação societária simulada (que nas palavras do fisco, foi taxada de abusiva, sem propósito negocial ou ainda sem substância) que gerou economia ilícita de tributos.

208. No direito positivo, o Código Civil de 1916 disciplinava a simulação como causa de anulabilidade do negócio jurídico (art. 147, II). Com o Código Civil de 2002, contudo, a simulação foi inserida no capítulo “*Da Invalidade do Negócio Jurídico*”, passando a ser causa de nulidade do negócio nos termos do artigo 167, *in verbis*:

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

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

<sup>68</sup> Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

<sup>69</sup> Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.”

209. Na doutrina, as teses tradicionais sobre o conceito de simulação desenvolveram seus estudos dentro do âmbito do negócio jurídico, partindo da premissa de que a simulação corresponde a um defeito, um vício do negócio jurídico. Nesses termos, simular é tornar semelhante, dar aparência ao que não é verdadeiro.

210. 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 Ferrara<sup>70</sup>, 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.

211. 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 simular<sup>71</sup>.

212. Diante dessa crítica, a teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista –, ainda conferindo enfoque subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possui significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deve ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma *declaração* dirigida ao público e uma *contradeclaração* 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 um negócio sem resultado jurídico.

213. 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 corresponde a um ato aparente. Desta forma, a *contradeclaração* não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório. Além disso, os críticos esclarecem que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade<sup>72</sup>.

214. As críticas às duas teorias subjetivas apontadas ensejaram o exame do instituto da “simulação” por um viés alternativo, o que deu azo às manifestações integradas na dita teoria objetivista (ou teoria causalista), a qual já dá sinais de prevalência na “melhor doutrina” acerca do tema<sup>73</sup> e é a qual nos filiamos.

<sup>70</sup> A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

<sup>71</sup> Cf. Custódio da Piedade Ubaldo Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

<sup>72</sup> Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

<sup>73</sup> A corrente causalista, além do artigo 167 do Código Civil, reforça sua tese com base nas expressões “fim econômico ou social”, constante do artigo 187, na “função social do contrato”, reportada no artigo 421 e, ainda, no signo “substância” que se valeu o artigo 173, todos do mesmo diploma normativo e ora transcritos:

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

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

215. Francesco Carnelutti<sup>74</sup> 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* e decorrente da circunstância de um ato ser querido para o atendimento de interesse diverso ou incompatível com os seus respectivos efeitos jurídicos.

216. Nesse sentido, todo ato ou negócio jurídico tem uma causa, chamada de “causa jurídica” ou “função típica”, que corresponde aos efeitos jurídicos que se espera do negócio celebrado. Atente-se que a *causa* corresponde às *consequências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial.

217. Para Emílio Betti<sup>75</sup>, 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 causa. Ela expressa um desvio da função instrumental do negócio jurídico.

218. Como bem resume Orlando Gomes<sup>76</sup>, *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.*

219. Por isso mesmo, Heleno Tavares Torres<sup>77</sup> expõe que:

“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.

220. Também Tercio Sampaio Ferraz Jr<sup>78</sup> já se manifestou adepto da teoria causalista, quando assim se manifestou:

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

Como, então, as partes muitas vezes simulam (o negócio, portanto, é nulo), mas um fato (econômico), de algum modo acontece, o novo Código Civil (art. 167,

---

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

<sup>74</sup> Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

<sup>75</sup> Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

<sup>76</sup> Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

<sup>77</sup> Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

<sup>78</sup> Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

par. 2º) ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. Por exemplo, o Fisco. [...]

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

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

221. Do ponto de vista jurisprudencial, o Ministro Moreira Alves<sup>79</sup>, adotando essa linha de raciocínio, preleciona que a causa diz respeito à “função prática” do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o motivo que leva à formação dos negócios jurídicos. Em suas palavras:

“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 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...”

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

223. 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

---

<sup>79</sup> 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.

*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”<sup>80</sup>.*

224. Feitas essas considerações, fato é que a existência ou não de adoção de estrutura simulada depende dos elementos probatórios existentes em cada situação fática. Apenas com a reunião de indícios precisos e que se convergem para uma convicção segura de que houve simulação é que o ônus da prova em favor do fisco resta cumprido.

225. Nessa situação particular, a simulação da SAIP e SACP, tida por sociedades veículo, foi motivada essencialmente pelo fato delas servirem como mera passagem para permitir a dedução fiscal do ágio.

226. Considerando esse cenário, a questão que se coloca é a seguinte: a SAIP e SACP, ainda que constituídas para serem logo depois incorporadas, têm *causa jurídica*? Ou seja, o Direito permite que uma empresa não operacional tenha pouca duração e/ou uma única finalidade?

227. Ora, tratam-se de *holdings*, isto é, sociedades que possuem por objeto social justamente a participação em outras empresas, em conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76 a seguir transcrito:

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.

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

229. É perfeitamente normal, ou melhor, válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, umas com operações mercantis, outras produtivas e outras mero canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios dentro de sua liberdade de empreender.

230. A curta duração da empresa, volume de capital, histórico de operações, quantidade de funcionários não constituem, por si só, nada em se tratando de uma “holding pura com fins específicos”. A lei tutela esse tipo societário e lhe confere legitimidade e autonomia, não podendo o aplicador criar empecilhos inexistentes na norma.

231. Como explica Charles William McNaughton<sup>81</sup>:

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

<sup>80</sup> A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

<sup>81</sup> IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

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

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

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

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

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

232. De fato, a SACP e SAIP atuaram em plena conformidade com as regras societárias positivadas. Não há, ao contrário do que quer fazer crer a autoridade autuante, *ilusão negocial ou mera aparência* sobre a existência e finalidade destas empresas. E qual foi a finalidade? Ora, foi a de permitir a aquisição e a alocação do investimento com ágio em uma duas pontas, uma de cunho industrial e a outra de cunho comercial, de forma a reunir as condições necessárias para o aproveitamento fiscal posterior do ágio.

233. O § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76 acima transcrito, aliás, reconhece o direito, inclusive, de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que a meu ver ratifica a regularidade das empresas ora em análise, ainda que taxadas vulgarmente de empresas de gaveta ou de prateleira.

234. Como sempre argumentava o I. Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteadó em seus votos sobre a matéria (vide, por exemplo, Acórdão 1201.001.554. Sessão de 14 de fevereiro de 2017):

(...) é importante ressaltar que temos presenciado com preocupante frequência, a utilização pelo Fisco da teoria do propósito negocial por meio do qual defende que a simples ausência sob a ótica do fisco de outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, já é elemento suficiente que invalida os atos do contribuinte ou, ao menos, inviabiliza o benefício fiscal almejado.

Entendo que tal racional adotado pela autoridade fiscal guarda certa contradição com diversas regras e estruturas criadas há muito tempo pelo legislador pátrio, por meio das quais são oferecidos benefícios fiscais às empresas que, ao cumprirem determinados requisitos, acabam levando desenvolvimento econômico à determinadas regiões do Brasil.

Menciono aqui, de forma exemplificativa, o regime fiscal da Zona Franca de Manaus, que oferece incentivos fiscais para as empresas que lá se estabelecerem e produzirem, gerando empregos, desenvolvimento econômico/social e, mesmo, arrecadação de tributos para a região.

Ora, em relação à Zona Franca de Manaus, a principal função desempenhada pelas autoridades fiscais tem sido monitorar se os contribuintes, de fato, cumprem todos os requisitos previstos em lei para o gozo dos incentivos fiscais, sem haver qualquer questionamento acerca das motivações do contribuinte.

O que o Fisco busca é auditar se, realmente, as empresas estão lá estabelecidas ou se os produtos são lá produzidos, por exemplo.

Contudo, não há qualquer exigência de que as empresas lá estabelecidas tenham propósitos negociais além do gozo do incentivo fiscal em si, para lá se estabelecerem.

Em outras palavras: nenhuma empresa busca a Zona Franca de Manaus em razão da maior proximidade com o mercado consumidor, melhor infraestrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada. O objetivo é o gozo do incentivo fiscal e isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação, independentemente da existência de outras razões.

Desta forma, o conceito a ser adotado para definir o propósito negocial deve ser no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio. Já temos importantes precedentes do CARF nesta direção:

235. Ademais, cumpre observar que pela impossibilidade do controlador do grupo Sanofi (empresa domiciliada na França) e pela falta de interesse da holding operacional (SACL) fazerem uma incorporação direta, optaram, dentro do direito de livre iniciativa, por se valer de duas *holdings* para instrumentalizar toda a operação, como admitido pela lei societária e não proibido pela lei fiscal.

236. Nesse estado de coisas, não vejo nenhuma divergência ou contradição entre a vontade das partes e os negócios por ela firmados. Não há declaração enganosa. Não há negócio vazio de conteúdo. Não há negócio aparente ou dissimulado. Pelo contrário, aquilo que foi declarado pelas partes foi de fato realizado.

237. Também não houve incompatibilidade entre os instrumentos jurídicos utilizados e seus respectivos *tipos*. A SACP e SAIP cumpriram sua finalidade jurídica (*causa*) de participar em uma outra sociedade, ainda que por pouco tempo e com uma finalidade determinada pelos sócios, razão pela qual descarto definitivamente a ocorrência de simulação.

238. E ainda que a incorporação de uma rotulada de *empresa-veículo* possa ser combatida aos olhos da ciência contábil, o fato é que, além de não existir previsão legal que proíba o uso desta espécie de sociedade, o Direito, conforme visto, acaba induzindo esse comportamento como instrumento de aproveitamento fiscal do ágio.

239. Na verdade, a incorporação (direta ou reversa) em si, assim como a fusão e a cisão, ainda que envolvam a malfadada *empresa veículo*, é meramente instrumental, podendo, inclusive, ser até mesmo necessária para a realização do próprio negócio, como nas situações de investidor estrangeiro ou sujeito às normas regulatórias, hipóteses estas que demandam a constituição de uma sociedade específica (pura ou não contaminada) para implementar a estrutura necessária para a aquisição de determinada participação societária, como foi o caso.

240. Finalmente, vale ainda assinalar que essa já reconheceu que a utilização, por si só, das chamadas *empresas veículos* não é fator que impede o aproveitamento fiscal do ágio, na linha dos precedentes abaixo transcritos:

PROPÓSITO NEGOCIAL. VALIDADE DA OPERAÇÃO. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito comercial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada. ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito comercial. (Acórdão nº 1201-001.534. Sessão de 05 de outubro de 2016).

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE “EMPRESA VEÍCULO”. LEGITIMIDADE. O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa detentora do ágio por meio de fusão, cisão e incorporação. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio. (Acórdão nº 1201-002.728. Sessão de 20 de fevereiro de 2019).

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO. A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito comercial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. A utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique. Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal. (Acórdão 1201-002.247. Sessão de 19/07/2018).

### **Da ausência de confusão patrimonial entre “real adquirente” e empresa investida**

241. Sustenta ainda a fiscalização, com amparo da DRJ, e inclusive na mesma linha das decisões mais recentes da CSRF (por voto de qualidade), que a ausência de confusão patrimonial entre o real adquirente (ou seja, a empresa que assumiu o ônus econômico do

pagamento do ágio) e a investida impediria a dedução fiscal, afinal esta confusão constitui um requisito legal que não foi observado pelo contribuinte.

242. Com a *devida vênia*, a tese do “real adquirente” ou “ausência de confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que fornece os recursos para a aquisição e a investida”, não tem amparo na lei. Trata-se de interpretação que fere o mais basilar princípio de direito, que é a legalidade, fazendo com que o Executivo indevidamente negue o que o Legislador autorizou, o que é inadmissível no ordenamento jurídico vigente.

243. Em primeiro lugar, e valendo-se do que pontuaram Luciana Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis<sup>82</sup>:

(...) 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 “aparentem 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.

244. Não obstante a deficiência da própria terminologia da tese fazendária (*real adquirente*), reitero que o intérprete deve (ou deveria) abandonar crenças e rótulos e construir o comando legal a partir da linguagem da lei fiscal e o respectivo arquétipo do tributo.

245. E o que diz o texto legal? Conforme visto, a lei prescreve a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997).

246. A aquisição de participação societária com reconhecimento de ágio pode envolver não só a compra e venda, mas também outros negócios jurídicos, como a subscrição ou aumento de capital, a permuta, incorporação de ações etc., como aparentemente havia sido resolvido pela CSRF quando do Acórdão 9101-001.657, de 15/05/2013, do qual trago à baila os seguintes trechos:

A questão está em que o termo “aquisição”, ressaltado nas normas, não pode ser restringido, em seu significado, apenas à compra e venda de ações, para possibilitar a amortização do ágio proveniente da aquisição da participação societária.

Não há qualquer fundamento legal que enseje tal restrição, de modo a excluir a subscrição, debatida nos autos. O fundamento do voto vencido no acórdão de que a aquisição exige uma outra pessoa é, com o devido respeito, um entendimento diferente da previsão legal. A legislação possibilita que a aquisição de participação societária de uma companhia se dê por subscrição de novas ações, desde que respeitados os limites legais.

---

<sup>82</sup> Realidade do “real adquirente”. In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225

(...) uma pessoa física ou jurídica, nos termos da legislação positiva, pode “adquirir” participação societária por meio de uma operação de alienação, em que há a aquisição direta da participação societária de outra pessoa física ou jurídica, ou, por meio de um aumento de capital em que há a emissão de novas ações que são subscritas pelo novo acionista, ou pelo acionista que quer aumentar a sua participação na Companhia. Para tanto cito os artigos 166 e seguintes da Lei 6.404/74, em especial o artigo 170 nos seguintes termos:

(...)

De fato, não havendo distinção na lei, não cabe ao intérprete fazê-lo. Por aquisição entende-se qualquer forma de absorção a um patrimônio jurídico de algo novo, não tendo, tal absorção, por único meio uma compra e venda. Pode-se dar, como na hipótese, pela subscrição de ações novas, o qual se insere, indubitavelmente, no conceito de “participação societária adquirida”.

Não se vislumbra, portanto, a alegada violação ao artigo 20 do Decreto-Lei n.º 1.598/77. Neste dispositivo, também, o termo aquisição não aponta para qualquer restrição do seu significado.

Na mesma linha, o artigo 385 do RIR/99 esclarece o tratamento tributário que deve ser dado pelo contribuinte à participação societária adquirida, qualquer que seja a forma de aquisição, o que inclui a subscrição de capital. Uma vez que a controlada incorpore sua empresa controladora, aplicar-se-á o disposto na Lei 9.532/97 e o ágio será dedutível.

Caso o legislador quisesse excluir cada uma dessas formas de aquisição de participação societária do tratamento tributário disposto nos artigos 385 e 386 do RIR o teria feito na própria Lei. Ocorre que é esperado que a regra legal alcance todas as hipóteses equivalentes de forma homogênea, garantindo um tratamento isonômico aos contribuintes a elas sujeitos. Não é relevante para a amortização do ágio a origem dos recursos investidos: se já estavam na empresa, ou se derivam de subscrição de capital, ou se decorrem da contribuição de bens e direitos em aumento de capital. O que importa é que, em todas essas hipóteses de aquisição de participação societária, a posição patrimonial da investida e da investidora é equivalente e não há razão para não permitir a fruição do benefício de amortização do ágio após realizada a incorporação reversa.

Desta forma, o termo aquisição abrange a subscrição de ações, ensejando, legitimamente, a amortização do ágio, reconhecendo a sua contrapartida como despesas dedutíveis.

247. O verbo “adquirir” que se valeu o texto legal de maneira nenhuma denota ou está restrito apenas ao negócio jurídico “compra e venda”. Se assim fosse, bastaria o Legislador limitar o direito na pessoa do comprador ou excluir um ou outro meio também apto à aquisição de participação societária. Mas assim não o fez, e intencionalmente. Tanto é assim que, conforme já expusemos, a MP 627/2013, em sua redação original, tentou impedir o aproveitamento fiscal do *goodwill* relativo às operações societárias de substituição de ações ou quotas de participação societária, mas essa disposição deixou de ser incluída na Lei n. 12.973/2014.

248. Relativamente ao destinatário da norma de dedução do ágio, o Legislador conferiu este direito à pessoa jurídica que detém o investimento adquirido com ágio, linguagem esta que revela justamente algo que pode ser passageiro. Se a intenção fosse limitar o tratamento fiscal a um sujeito determinado, a lei teria que ter restringido.

249. Ora, a utilização da expressão “*na qual detenha participação societária adquirida*” pela lei, a bem da verdade, conferiu ao contribuinte a liberdade de transferir o ágio por todos os meios admitidos, de forma que a sua dedução possa ser feita por quem o detinha no

evento de incorporação ou pela investida na incorporação reversa, e não somente por quem pagou ou assumiu o ônus financeiro do preço.

250. Com efeito, ainda que o aproveitamento fiscal do ágio passe da pessoa que sofreu o ônus econômico do investimento para uma outra empresa, inclusive a própria investida quando da incorporação reversa, a lógica jurídica e econômica não se altera: havendo absorção da empresa detentora do ágio, não haveria mais como alienar o investimento e deduzir a perda de capital que seria apurada. Daí a necessidade da lei de autorizar o aproveitamento das despesas incorridas com a amortização do ágio pela empresa sucessora.

251. O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente é irrelevante e não interfere no direito de amortização fiscalmente o ágio. É a validade dos negócios praticados - aumento de capital, empréstimo, dação em pagamento, etc., que define as consequências no plano jurídico.

252. Seguir o entendimento fiscal de condicionar o direito de deduzir o ágio ao comprador ou a origem dos recursos utilizados na compra conduziria ao estranho cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que inclusive deixaria de existir na figura de uma sociedade, pois no topo de qualquer estrutura societária de uma sociedade estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

253. Me alinho com o quanto foi exposto por Luciana Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis<sup>83</sup>:

O que se tem visto, contudo, é que “real adquirente”, na acepção adotada em diversos julgados administrativos sobre o assunto, tem servido como um mecanismo extrafiscal de se desconsiderar personalidade jurídica de entidades legítimas e existentes, de se restringir as formas juridicamente válidas de aquisição de participação societária, e de se impor uma série de critérios subjetivos para limitar a dedutibilidade de despesas legalmente previstas, inclusive em relação à origem dos recursos utilizados para aquisição das participações societárias com sobrepreço, em um questionável desafio ao princípio da legalidade.

Todavia, é fundamental que se tenha maior previsibilidade e cada vez mais segurança jurídica na aplicação do Direito Tributário nas esferas administrativa e judicial, (...)

254. Acrescenta-se, aqui, a seguinte passagem da clássica obra de Alfredo Augusto Becker<sup>84</sup>: “*se o intérprete abstrai a estrutura jurídica para se fixar na realidade econômica, quem pratica ato ilícito é o intérprete (e não o contribuinte que evadiu o tributo), pois não existe regra jurídica autorizando tal abstração*”.

255. Posto isso, a minha opinião é a de a tese do “real adquirente” ou “confusão patrimonial entre real investidor e investida” não encontra amparo na lei e não tem o condão de afastar o direito da Recorrente de aproveitar fiscalmente o ágio.

### **Do aumento de capital**

<sup>83</sup> Realidade do “real adquirente”. In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 228.

<sup>84</sup> Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Noeses. 2007. P. 146.

256. A fiscalização e a DRJ entendem que o aumento de capital total na Medley S/A Indústria Farmacêutica (Medley 50), de R\$ 544.669.278,00 (cabendo à então **Sanofi 10 Com** o aporte do valor de R\$ 490.202.350,00 e à então **Sanofi 10 Ind** o aporte do valor de R\$ 54.466.928,00) não poderia ter sido computado no cálculo do ágio, uma vez que:

(i) o aporte de capital é uma operação posterior à aquisição e decidida pelos novos dirigentes. Pode ser parte do investimento total necessário, porém, enquanto o preço de aquisição é transferido para terceiros interessados (os vendedores) que tiveram um ganho com isso (correspondente ao ágio apurado pelo comprador), o aumento de capital foi um recurso transferido para a própria empresa e não gerou ganho imediato para ninguém. Nesse momento, é apenas custo de investimento para a controladora;

(ii) de acordo com a Lei 6.404/76 também não é possível a confusão dos conceitos de alienação e aumento de capital;

(iii) não se pode perder de vista que o fato da empresa ter sido adquirida com passivo a descoberto decorre de uma negociação entre as partes envolvidas;

(iv) o aumento de capital foi efetuado pelo mesmo preço das ações existentes, sem o reconhecimento de reserva de ágio. Se isso fosse possível “todo e qualquer aumento de capital permitiria o registro de ágio”.

(v) no RIR/99, não há referência a um tratamento diferenciado para o caso de aumento de capital, que permita uma dedução na apuração do lucro real; e

(vi) ainda que existisse ágio na situação em análise, tal ágio seria o chamado ágio interno, em vista das suas características, como a falta de um terceiro independente interessado na operação e a falta de um efetivo desembolso, afinal o que foi pago por uma empresa do grupo (a Sanofi 10 Com e a Sanofi 10 Ind) é o mesmo montante que entrou em outra empresa do mesmo grupo (a Medley), e que acabou por retornar para as mesmas empresas.

257. Já a Recorrente sustenta que pela venda e transferência de 100% das ações, a SACP e a SAIP se comprometeram a pagar o valor total de R\$ 1.499.999.999,46, sendo que: (i) o preço de R\$ 955.330.721,46 foi pago ao antigo controlador para aquisição de sua participação societária na empresa Medley (aquisição secundária de participação societária); e (ii) o preço de R\$ 544.669.278,00 foi pago para a própria Medley para aquisição de ações de sua própria emissão (aquisição primária de participação societária).

258. Nesse sentido aduz que como resultado final da operação realizada no dia 27.4.2009, as sociedades adquirentes (SACP e SAIP) adquiriram o total de 609.769.057 ações da Medley com o pagamento do preço de aquisição total de aproximadamente R\$ 1,5 bilhões. Ao comparar o preço total pago com o patrimônio líquido adquirido na data da venda (após o cômputo das operações de aquisição primária e os ajustes contábeis realizados pela Medley), as sociedades adquirentes (SACP e SAIP) apuraram ágio no valor total de aproximadamente R\$ 1,488 bilhões.

Pois bem.

259. Em primeiro lugar, cumpre reiterar que à apuração do ágio no regime aplicável à época da aquisição, bastava que o contribuinte adquirisse uma sociedade a preço superior ao seu valor patrimonial. Feito isso, o artigo 20 determinava o desdobramento do custo de aquisição em duas rubricas: valor patrimonial (MEP) e ágio, este último para registrar o excedente do preço firmado entre as partes.

260. A lei, ademais, nunca exigiu que a participação societária fosse adquirida apenas mediante pagamento em dinheiro diretamente aos vendedores. Qualquer meio de aquisição, desde que não haja simulação ou fraude, é admitido, dentre eles a subscrição ou aumento de capital.

261. A própria Solução de Consulta COSIT n.º 3/2016, reconhece não ser “obrigatório o descaixe direto de recursos financeiros pelo investidor”, admitindo que “aquisição acionária pode ser feita através de outras formas de integralização, como o oferecimento de bens ou ações, a assunção de passivos e emissão e entrega de instrumentos de capital ou o conjunto combinado de mais de um dos tipos de contraprestação”.

262. Lembre-se, aqui, mais uma vez, que a MP 627/2013 tentou restringir a possibilidade de aproveitamento do ágio (*goodwill*) em aquisições de participações societárias que envolvessem substituição de ações ou quotas, mas essa restrição foi retirada do texto final que acabou sendo convertido na Lei 12.973/2014.

263. A aquisição societária por meio de subscrição em aumento de capital, aliás, independe do aumento do percentual do investimento, bastando para isso a emissão de novas ações. Ou seja, pode haver aquisição de participação societária com ágio por meio de emissão de ações novas – o que aumenta o custo de aquisição do investimento – ainda que os minoritários exerçam o seu direito de preferência e acompanhem o aporte de capital na mesma proporção, como foi o caso, em que SAIP aumentou o capital social da medley na mesma proporção da SACP.

264. E o aporte de capital pelos compradores na investida realmente não poderia ter sido desvinculado do negócio como um todo, até mesmo porque o preço de avaliação da investida inclusive supera a soma do pagamento devido aos vendedores com o aporte na Medley. O conjunto de atos da estrutura para a aquisição, pois, demonstram que as partes decidiram proceder com a aquisição da Medley através de duas operações conjuntas: (i) a aquisição das ações detidas pela Lotpar; e (ii) aumento de capital, como forma, segundo relata o próprio TVF, de “garantir a continuidade das operações da investida”.

265. Com razão a Recorrente quando alega que:

255. A aquisição da participação societária detida pela Lotpar não pode ser dissociada da subscrição em aumento de capital. Ambas são realizadas no mesmo dia e constituem o custo de aquisição do investimento detido pela SACP e SAIP na Medley. Ao determinar o conceito do que se trata uma “combinação de negócios”, o Pronunciamento CPC n.º 15 (“CPC 15”) determina o que segue:

B50. (...)

**Momento da operação:** o momento em que a operação ocorre também pode permitir determinar se ela integra a operação de troca entre as partes para a obtenção do controle da adquirida. Por exemplo, uma operação entre o adquirente e a adquirida durante as negociações dos termos da combinação de negócios pode ter sido contemplada, antes da combinação, para gerar benefícios econômicos futuros para o adquirente ou para a entidade combinada. Sendo assim, a adquirida ou seus proprietários antes da combinação provavelmente receberão um pequeno ou nenhum benefício dessa operação, exceto pelos benefícios que receberão enquanto parte da entidade combinada. (não destacado no original)

256. Portanto, uma operação entre o adquirente (SACP) e a adquirida (Medley) pode integrar uma combinação de negócios, se ela é efetuada no contexto da transação e beneficiar a própria entidade adquirida. Trata-se exatamente da hipótese destes autos, na

qual a SACP aporta capital na entidade adquirida juntamente com a aquisição da participação societária de terceiros. Neste contexto, deve a subscrição de ações ser considerada conjuntamente com a aquisição de participação societária e computada no custo do investimento adquirido. Este raciocínio é aplicável tanto na vigência das novas regras quanto na aplicação das antigas regras contábeis.

266. Ao analisar essas operações, o Parecer Técnico de autoria de Eliseu Martins e Vinícius Aversari Martins (fls. 5.547/5.593) atesta a legitimidade do ágio na aquisição da Medley, concluindo que:

**Portanto, o ágio apurado pela Medley está absolutamente correto!**

O ágio gerado é exclusivamente decorrente da aquisição da Medley (e não do aumento de capital), e tem sua fundamentação econômica sustentada pela expectativa de geração de rentabilidade futura. O ágio, conforme claramente demonstrado, não é, de forma alguma, 'inchado', conforme tenta-se alegar no Termo de Verificação.

Além disso, a aquisição deu-se entre partes totalmente independentes, afastando toda e qualquer possibilidade de ter sido um ágio 'fabricado', decorrente de transações entre partes relacionadas, sem fundamento econômico algum. Isso é, de fato, reconhecido no Termo de Fiscalização, o qual, em nenhum momento, chega a questionar a independência da transação de aquisição realizada e a fundamentação econômica do ágio.

267. O Parecer Contábil também confirmou as razões expostas pela Recorrente, no sentido de que:

(i) no momento da aquisição do investimento, se o valor do Patrimônio Líquido da investida já for negativo, o saldo inicial da equivalência patrimonial deve ser negativo, com o ágio representando a diferença entre esse resultado e o custo de aquisição;

(ii) em situações específicas, como no presente caso, é possível a apuração de ágio em operação de aumento de capital; e

(iii) a utilização de quaisquer métodos contábeis vigentes à época dos fatos demonstra que o valor do ágio foi apurado corretamente e com a sua devida fundamentação econômica.

268. Mais precisamente, esclarece o Parecer que:

O Fisco costuma questionar a validade desse cálculo para fins de dedutibilidade tributária, considerando que o efetivo valor desembolsado na aquisição é tão somente o montante pago para terceiros. Costuma não aceitar a dedutibilidade da parcela do ágio representada pelo valor negativo do patrimônio líquido negativo.

Ocorre que, como visto, quando do pagamento da dívida da empresa adquirida com patrimônio líquido negativo, ocorrerá o efetivo desembolso junto a terceiros, exatamente como comentado atrás: a adquirida, no exemplo, teria tido um lucro na forma de caixa, após ser comprada, de R\$ 1.000, utilizaria esse montante para completar o pagamento da dívida e passaria a ter patrimônio líquido zerado. Onde estaria o sacrifício financeiro da adquirente agora? Estaria no fato de a controlada haver tido lucro, haver gerado caixa, e ela, controladora, não ver um tostão desse dinheiro! Ocorreu seu sacrifício financeiro pela abdicção do recebimento do dinheiro produzido pela adquirida em prol da liquidação das dívidas junto a terceiros.

(...)

Consta no item 79 das páginas 17 e 18 do Termo de Verificação Fiscal da Medley Farmacêutica Ltda. o patrimônio da empresa adquirida no dia 27 de abril de 2009. Porém nesse patrimônio já consta os aumentos de capital feito pelas duas adquirentes em 27 de abril de 2009 (Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda. e Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda.), imediatamente após a aquisição. Para o correto cálculo da parte do ágio de que estamos tratando, esses valores dos dois aumentos de capital devem ser expurgados. Vejam-se os valores:

(...)

Portanto, está claro que o patrimônio líquido da Medley imediatamente antes da aquisição de seu controle era negativo. Dessa forma, nos termos do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP n.º 01/2007, o ágio é calculado com base nesse valor.

(...)

O ágio, **na sua mais pura substância econômica**, decorre da aquisição da Medley (seja com patrimônio líquido positivo ou negativo), e é justificado pela expectativa de rentabilidade futura.

E o sacrifício total da aquisição (custo total), do ponto de vista financeiro, se dá por desembolso na aquisição mais não recebimento de lucros futuros ou aumento de capital para “desnegativar” o patrimônio líquido. Ou seja, o aumento de capital para deixar de se ter um patrimônio líquido negativo corresponde ao pagamento de parte do ágio incorrido na aquisição.

É como se o ágio total que deveria ter sido registrado com o patrimônio líquido negativo tivesse como contrapartida: a) uma parte, contra o caixa, na aquisição; b) outra parte, como se fosse um passivo, representando as dívidas da investida a serem pagas com abdicção do lucro, ou um valor a entregar na forma de aumento de capital, aumento de capital esse que beneficia os credores da investida.

Entendemos, portanto, que não há sentido algum em se questionar substância econômica e contábil do ágio efetivo em questão, pois ela toda está fundamentada desde a aquisição da Medley. E se se quiser a substância financeira, está, neste caso, fundamentada no dinheiro pago aos ex-proprietários mais o dinheiro entregue como aumento de capital para benefício dos credores.

Genuinamente, o ágio é oriundo da aquisição de uma empresa com patrimônio líquido negativo. O aumento de capital reforça esse raciocínio, uma vez que representa, na verdade, o desembolso relativo ao ágio original na parcela não desembolsada nessa origem. ***O aumento de capital de um patrimônio líquido é o caso em que fica muito mais inquestionável o valor do ágio total.*** E, no caso concreto, fica provado que o ágio total é mesmo de R\$ 1.316.182. O aumento de capital antecipa o desembolso financeiro relativo à parte da aquisição do ágio, já que de outra forma o desembolso financeiro se daria na liquidação das dívidas, apenas.

É interessante observar que, do ponto de vista contábil e econômico, o ágio total é o mensurado com o valor do patrimônio líquido negativo influenciando o valor do ágio no momento da aquisição do investimento. **Do ponto de vista fiscal, existindo o pagamento desse ágio (através de aumento de capital) não restam dúvidas quanto ao direito à sua dedutibilidade.** E, no caso em questão, isso se deu exatamente quando se transferiu dinheiro das investidoras para um patrimônio líquido negativo onde os beneficiários são os credores da investida, e não a própria investidora.

(...)

269. De fato, tendo em vista que a Medley possuía PL negativo, o aumento de capital foi feito para cobrir o desembolso que deixou de ser efetuado no momento da aquisição do controle justamente em função desse patrimônio deficitário. Esse desembolso, portanto, corresponde aos recursos necessários para a quitação das dívidas da investida e eliminação do saldo negativo sem que perca sua natureza de sobrepreço (ágio, portanto).

270. Nessa linha, o Parecer também é claro ao rebater o questionamento da Fiscalização quanto ao ágio relacionado ao aumento de capital:

Uma das contestações do termos de verificação é a de que o aumento de capital foi considerado no cálculo do ágio. É argumentado que aumento de capital não gera ágio.

Contudo, é possível afirmar que o aumento de capital gerou, sim, ágio para fins fiscais no presente caso (...)

(...)

Mas é preciso lembrar que o aumento de capital, até a cobertura do patrimônio líquido negativo da investida, na verdade não é patrimônio da investidora. É para cobertura do que os passivos excedem os ativos nessa investida. Na prática, esse recurso será para pagamento das dívidas assumidas pela investida que ultrapassam seus ativos. (...). Não é dinheiro que sai do bolso esquerdo para o bolso direito.

E para ter certeza de que o aumento de capital com patrimônio líquido negativo é dinheiro saído da investidora que não mais pertence à investida, basta verificar: tanto com a contabilização correta, como na outra vista, após o aumento de capital o saldo de equivalência patrimonial na investidora A é R\$ 20, representativo dos R\$ 20 de patrimônio líquido positivo da investida B. Ou seja, dos R\$ 120 de aumento de capital, só aproveita à A por recurso líquido na B os R\$ 20. Onde estão os R\$ 100 no balanço da investidora A? **Apenas onde poderia estar: na conta de Ágio!!!**

271. No tocante aos ajustes contábeis na Medley que anteciparam à aquisição, o Parecer também é claro no sentido de sua regularidade. Confira-se:

### 2.5.3 Ajustes Contábeis no Processo de Aquisição

Consta no Termo de Verificação, à página 17 e seguintes, questionamentos sobre a pertinência de ajustes efetuados no patrimônio líquido da Medley antes da sua aquisição, pois conforme item 80 da página 17, “até o mês de março o PL estava positivo, sendo que tornou-se negativo em abril”. Também consta no Termo de Verificação que certos ajustes foram decorrentes de alinhamento de políticas contábeis da Medley 50 para adequá-los e padronizá-los às políticas do grupo Sanofi.

Entendemos que, tanto tecnicamente quanto legalmente, quando da aquisição de empresas, as políticas contábeis da adquirida e da adquirente precisam, necessariamente, ser as mesmas, e que em função disso ajustes ao patrimônio líquido da adquirente sejam necessários para haver tal alinhamento.

Note-se que esses ajustes precisam ser feitos antes da apuração do ágio. Se forem feitos diretamente no patrimônio líquido da empresa adquirida ou se a adquirente os fizer em seus cálculos para a apuração do investimento avaliado por equivalência patrimonial, e conseqüentemente para a apuração do ágio, isso é irrelevante. Na verdade tais ajustes precisam ser feitos por força do Decreto-Lei 1.598/77. Veja-se o artigo 21 (Avaliação do Investimento no Balanço), particularmente o inciso II:

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

[...]

***II - se os critérios contábeis adotados pela investida e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da investida os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;***” (grifos adicionados)

Note-se que o Decreto-Lei é taxativo que tais ajustes devem ser feitos, obrigatoriamente, antes do cálculo do investimento avaliado por equivalência patrimonial. Se forem feitos diretamente no balanço propriamente dito da investida ou não, imediatamente antes ou depois da aquisição, o efeito é o mesmo.

No caso de serem controladora e controlada, como é o caso sob comento, é natural que as políticas contábeis sejam alinhadas, por força da controladora, e levados a cabo de forma escritural na controlada. No caso de investimentos em coligadas, onde não há controle, o Decreto-Lei também aplica-se. Ou seja, no caso em que o patrimônio líquido da investida não sob o mesmo controle esteja mensurado com políticas contábeis distintas da investidora, é obrigação da investidora que esse patrimônio líquido seja ajustado de tal forma que seja mensurado conforme as mesmas políticas contábeis da investidora. (...)

Portanto, parece-nos ser absolutamente pertinentes e obrigatórios ajustes no balanço da investida se esta contiver critérios contábeis diferentes da investidora ou, e aí com mais razão ainda, se contiverem erros. Assim, em princípio nada de errado com ajustes efetuados no processo de aquisição da Medley que, pelo que nos informa a companhia, foram feitos dentro dessa filosofia e legislação. Se feitos diretamente no patrimônio líquido da Medley ou extra-contabilmente diretamente no cálculo do investimento avaliado por equivalência patrimonial, os efeitos decorrente são os mesmos, tanto no investimento quanto na apuração do ágio por parte da investidora.

272. Nesse sentido, entendo que restou demonstrado que o aumento de capital da Medley é parte integrante da operação de sua aquisição, aumento de capital este que realmente gerou um ágio que foi apurado corretamente e lastreado na expectativa de rentabilidade futura do investimento.

273. Posto isso, afasto a glosa da dedução com a amortização do ágio.

### **Da multa qualificada**

274. Considerando a possibilidade de restar vencido em relação ao afastamento integral da glosa da amortização do ágio – como ocorreu no julgamento –, acabei apreciando a incidência da multa qualificada nesse caso concreto.

275. A qualificação da multa parte da premissa de que a operação societária envolveu a figura da fraude prevista no artigo 72 da Lei nº 4.502/64.

276. De fato, para que se possa cogitar a qualificação da multa (de 75% para 150%), mister que a autoridade fiscal vincule a base legal com a exata ação ou omissão dolosa, não só no seu aspecto objetivo (prática de ato ilícito), mas principalmente no aspecto subjetivo (intenção de não pagar o tributo e, mais ainda, impedir o conhecimento do fato gerador).

277. Para esse labor, não se pode perder de vista a diferença das hipóteses de *contraste hermenêutico* ou *erro de interpretação* das hipóteses em que o contribuinte busca atuar sobre o material fático, com vistas a intencionalmente ocultar ou dificultar o descobrimento dos fatos ou operações praticadas. São coisas inconfundíveis...

278. Nesse caso concreto, entendo que não houve conduta fraudulenta por parte da Recorrente, mas, quando muito, tão somente erro de interpretação quanto às normas tributárias que conferem o direito de deduzir ágio.

279. Não há, a bem da verdade, nenhum registro ou indício de utilização de qualquer tipo de medida fraudulenta por parte da Recorrente. Pelo contrário, os valores glosados foram contabilizados, a operação foi amplamente divulgada e o ágio devidamente escriturado.

280. Ademais, foi a partir das informações colhidas da própria Recorrente que a fiscalização tomou conhecimento dos fatos e lançou os tributos que considerou devidos.

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

282. A propósito, o artigo 44, I, da Lei n. 9.430/96<sup>85</sup>, dispõe que o *não pagamento de tributos* (além da falta de declaração ou da apresentação de declaração inexata) constitui hipótese já tipificada expressamente, ensejando a aplicação da multa de ofício ordinária, de 75%.

283. Isso posto, e como fui vencido no cancelamento integral da glosa, voto pela desqualificação da multa de ofício sobre a parte mantida para o patamar de 75%.

### **Da multa isolada sobre as estimativas apuradas de IRPJ e CSLL**

284. A discussão sobre a legitimidade ou não da cobrança cumulativa de multa isolada e multa de ofício não é recente, mas é tema que ainda demanda atenção.

285. Com a aprovação da Súmula CARF n.º 105, restou sedimentado que: “*a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei n.º 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.*”

286. Na prática, a Súmula aplica-se indubitavelmente para os fatos compreendidos até 31/12/2006.

287. Dizemos indubitavelmente porque há corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta que, após a nova redação dada pela Lei n.º 11.488/2007 ao art. 44 da Lei n.º 9.430/96 (que passou a produzir efeitos a partir de 2007), não haveria mais espaço para interpretação diversa daquela favorável à exigência de multa isolada, mesmo nos casos em que houver sido imposta a multa de ofício pela falta de pagamento anual do IRPJ e da CSLL.

288. Vejamos, então, o que dispõe o art. 44 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei n.º 11.488/2007:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

---

<sup>85</sup> Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º - O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

289. Da leitura desses dispositivos, verifica-se que a multa do inciso I é aplicável nos casos de totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

290. A multa prevista no inciso II, porém, é passível de exigência sobre o valor do pagamento mensal de estimativa que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física e ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

291. Adotando uma interpretação sistemática, me parece que o mais razoável é não admitir a cumulação das multas, devendo a infração prevista no inciso II ser absorvida quando o caso concreto também se enquadrar na hipótese de multa mais onerosa (inciso I).

292. Com efeito, aplicar a multa de ofício de 75% sobre o valor apurado de IRPJ, juntamente com o principal, e, ao mesmo tempo, pretender exigir a multa de 50% sobre o IRPJ não antecipado no mesmo período de apuração, representa uma violação à razoabilidade e proporcionalidade.

293. Vale dizer, a cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa (antecipação do tributo devido) não recolhida. Admitir o contrário permite que duas penalidades incidam sobre uma mesma base de cálculo (bis in idem), o que é vedado no sistema jurídico.

294. Sobre o tema, precisas as colocações do Conselheiro Marcos Takata em voto proferido no Acórdão n.º 1103-001-097 (DOU28/11/2014):

É de cartesiana nitidez, para mim, que a aplicação da multa de ofício de 75% sobre o valor não pago do IRPJ e da CSL efetivamente devidos, cobráveis juntamente com esses, exclui a aplicação da multa de ofício de 50% (multa isolada) sobre o valor não pago do IRPJ e da CSL mensal por estimativa, do mesmo ano-calendário.

Isso, seja por interpretação lógica dos preceitos citados (aliás, para além disso, pode-se dizer que é corolário lógico), seja por interpretação finalística do aet. 44, I e II, da Lei n167 9.430/96.

Apenando o continente, desnecessário e incabível apenar o conteúdo. Se já se penaliza o todo, não há sentido em se penalizar também a parte do todo. Noutros termos, é a aplicação do princípio da consunção em matéria penal.

Como penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo? Isso seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos – e mesmo finalísticos (teleológicos).” (fls. 1.369).

295. Ao analisar essa matéria, destaca-se também a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Sr. Ministro Humberto Martins, da 2ª Turma do STJ (Resp 1.496.354-PR. Dje 24/03/2015):

Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.

Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais, ainda que configurem obrigações a pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.

As hipóteses do inciso II, “a” e “b”, em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos casos ali descritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.

As chamadas “multas isoladas”, portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.

Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende repreender com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.

296. Em decisão mais recente, a C. 2ª Turma do STJ ratificou o posicionamento contrário à aludida concomitância, conforme atesta a ementa do seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. [...]. CUMULAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E ISOLADA. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. Nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, seria cabível a multa de ofício ou no percentual de 75% (inciso I), ou aumentada de metade (parágrafo 2º), não se cogitando da sua cumulação.” (Resp 1.567.289-RS. Dje 27/05/2016).

297. Adotando esses precedentes jurisprudenciais, afasto a cobrança da multa isolada.

### **Da multa por incorreção na ECD**

298. Conforme relatado no termo de verificação fiscal, a autuada havia apresentado com erros sua escrituração contábil digital (ECD) e também a escrituração contábil fiscal digital (ECF) relativa ao ano-calendário de 2015.

299. Intimada pela fiscalização em 18/07/2018 a esclarecer e a retificar os erros, procedeu à retificação de ambas as escriturações respectivamente em 13/08/2018 e 14/08/2018.

O erro, no valor de R\$ 4.270.818,82, consistiu em indicar na linha 9 da parte A do Lalur valores negativos ao passo que essa linha se destina a indicar adição na apuração da base de cálculo da CSLL. Em consequência do erro, a fiscalização impôs a multa prevista no artigo 57, inciso III, alínea “a”, da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001, com a redação dada pela Lei n.º 12.873, de 2013.

300. Em linhas gerais, a Recorrente contesta a multa, argumentando que: a) nenhum valor deixou de ser declarado pela Requerente, tendo sido implementada mera redistribuição dos valores de provisão para perdas com IRPJ/CSLL; b) a retificação promovida não acarretou em prejuízo ao erário (retificação não alterou o valor de IRPJ/CSLL a ser recolhido); e c) a retificação promovida não resultou em prejuízo à Fiscalização, uma vez que a legislação tributária determina que as despesas e receitas de provisão são, regra geral, neutras para fins de apuração do IRPJ/CSLL.

301. Subsidiariamente, pede o contribuinte à redução de 25% da multa, conforme passou a estabelecer o artigo 12 da Lei n.º 8.218/91, após alterações introduzidas pela Lei 13.670/18.

302. A DRJ manteve a exigência, motivando que:

Foi cometido erro efetivo na escrituração, e não uma mera redistribuição de valores, ou ainda, nos seus próprios termos, alteração da geografia das contas. Conforme informado pela própria autuada após intimação fiscal, o erro consistiu em lançar em conta de resultado valor do imposto de renda diferido como se fora contribuição social diferida. Ainda que, consoante alega, o valor total diferido não tenha sofrido alteração, pois o mesmo montante lançado a maior como contribuição social diferida fora lançado a menor como imposto de renda diferido, trata-se inequivocamente de informação incorreta, tanto assim que teve de ser corrigida após a intimação fiscal.

(...)

Não tem nenhum amparo na legislação a teoria defendida pela impugnante, com o abono de citações doutrinárias, segundo a qual as multas não teriam fim arrecadatório e por isso não deveria haver a imposição de multa por condutas que não geram perda de arrecadação. Com efeito, a multa exigida pelo fisco é cominada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001, nestes termos:

*Art. 57. O sujeito passivo que deixar de cumprir as obrigações acessórias exigidas nos termos do art. 16 da Lei n.º 9.779, de 19 de janeiro de 1999, ou que as cumprir com incorreções ou omissões será intimado para cumpri-las ou para prestar esclarecimentos relativos a elas nos prazos estipulados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e sujeitar-se-á às seguintes multas:*

(...)

*III - por cumprimento de obrigação acessória com informações inexatas, incompletas ou omitidas:*

*a) 3% (três por cento), não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), do valor das transações comerciais ou das operações financeiras, próprias da pessoa jurídica ou de terceiros em relação aos quais seja responsável tributário, no caso de informação omitida, inexata ou incompleta;*

A IN RFB n.º 1.420/2013, que dispõe sobre a Escrituração Contábil Digital (ECD), trata desse assunto remetendo à MP 2.158-35:

*Art. 10. A não apresentação da ECD nos prazos fixados no art. 5º, ou a sua apresentação com incorreções ou omissões, acarretará aplicação, ao infrator, das multas previstas no art. 57 da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.*

A nova IN RFB n.º 1.774/2017, que revogou a anterior IN RFB n.º 1.420/2013, dispõe do mesmo modo:

*Art. 11. Aplicam-se as multas previstas no art. 57 da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, à pessoa jurídica que deixar de apresentar a ECD nos prazos fixados no art. 5º ou que apresentá-la com incorreções ou omissões, sem prejuízo das sanções administrativas, cíveis e criminais cabíveis, inclusive aos responsáveis legais.*

Conforme demonstra a sua transcrição acima, diante de erro comprovado na escrituração que se caracterize como prestação de informação inexata, incompleta ou omissiva, nenhuma das normas que regulamentam o assunto confere à autoridade administrativa a prerrogativa de excluir ou exonerar o sujeito passivo da multa cominada, a pretexto de que tal falha não teria reflexo algum no montante dos tributos que devia ser recolhido. Por determinação legal, a multa aplica-se pura e simplesmente se comprovada a omissão, inexatidão ou incompletude da informação que devia ser prestada, independentemente das conseqüências que possam ter tal irregularidade.

Por conseguinte, cumpre rejeitar a argüição do sujeito passivo discutida nesta subseção e manter integralmente as respectivas exigências fiscais.

303. Concordo com o racional da decisão de piso. A lei estipula a multa ora em análise, dentre outras hipóteses, quando o contribuinte apresentar ECD com incorreções ou informações inexatas, o que restou demonstrado.

304. Por mais que essa previsão legal possa incomodar, ela está prevista na lei, razão pela qual vincula o presente Julgador. Assim como invoquei o princípio da estrita legalidade para afastar a glosa do ágio, devo, até mesmo por questão de coerência, invocar este mesmo princípio para manter a penalidade imposta.

305. Afasto, ademais, o pedido de redução em 25% feito pelo Recorrente com fundamento na Lei 13.670/18, uma vez que a multa de que ora se trata encontra-se prevista não no artigo 12 da Lei n.º 8.218/91, onde realmente há esse “desconto”, mas sim no artigo 57, III, “a”, da Medida Provisória n.º 2.158-35, conforme bem exposto pela decisão de primeiro grau.

### **Da incidência de juros sobre multa**

306. A incidência de juros com base na Selic sobre multa lançada de ofício é matéria pacificada no âmbito do presente Conselho, de acordo com o que dispõe a Súmula CARF n.º 108: *Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.*

### **Conclusão**

307. Pelo exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário, para fins de afastar a glosa das despesas com a amortização do ágio e a multa isolada, mantendo, porém, a multa por inexatidões na ECD.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

## Voto Vencedor

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, redator designado.

O ilustre relator trouxe ao colegiado uma valiosa descrição do cenário fático e do cenário jurídico atinentes ao presente processo. Todavia, o entendimento majoritário no colegiado foi diferente daquele trazido no voto inicial em relação a três pontos: (i) a inclusão do valor relativo à avaliação do ativo imobilizado no montante do ágio dedutível; (ii) a inclusão do valor relativo ao aumento de capital, realizado após a aquisição que gerou o ágio, no montante do ágio dedutível e (iii) exigência da multa isolada. Diante desse fato, coube a mim redigir o correspondente voto vencedor, aqui apresentado.

Conforme muito bem relatado, a acusação fiscal implicou a glosa das deduções de ágio realizadas pelo contribuinte em razão de o correspondente laudo de avaliação ter sido elaborado após a realização da aquisição da Medley, em um quadro econômico que já não correspondia à realidade encontrada no momento da aquisição (fls. 5193). O substancioso voto inicial demonstrou que esse lapso temporal não é razão suficiente para afastar a dedução em tela, o que foi acompanhado pelo colegiado. Todavia, a acusação fiscal também possui dois fundamentos subsidiários a este, que atingem parte do ágio deduzido, conforme exposto a seguir.

### 1 Ágio – avaliação do ativo imobilizado

A fiscalização apreciou o laudo de avaliação apresentado pelo contribuinte para fundamentar o ágio deduzido e verificou que parte do valor da aquisição não pode ser atribuída a uma expectativa de rentabilidade futura, mas sim a uma avaliação do ativo imobilizado, correspondente a R\$ 35.049.000,00, conforme a tabela encontrada na página 43 do laudo (fls. 5463).

O recorrente combate essa glosa parcial apresentando dois argumentos a seguir apreciados.

Inicialmente, o recorrente afirma que existe previsão legal para a dedução dessa parcela do ágio, nos seguintes termos (fls. 5787):

209. O primeiro argumento é que, no caso específico de cisão, a legislação fiscal autoriza expressamente que o valor da mais-valia dos ativos seja convertido em ativo diferido e amortizado da mesma forma que o ágio fundamentado na rentabilidade futura do investimento. Confira-se a redação do Artigo 7o, § 2o, da Lei 9.532/97:

Art. 7º (...)

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

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

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

210. Portanto, se o ativo permanente que deu causa à mais-valia não foi transferido para a SACP por ocasião da cisão, o ágio pode ser integralmente alocado à expectativa de rentabilidade futura do investimento e amortizado para fins fiscais no prazo mínimo previsto na legislação.

Entendo que o recorrente confunde as modalidades de ágio para propugnar por uma prerrogativa que não possui. O contribuinte está deduzindo a amortização de ágio de uma forma somente autorizada para o ágio da modalidade prevista no inciso “b” do §2º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (expectativa de rentabilidade futura) enquanto o dispositivo legal em que se fundamenta é aplicável apenas ao ágio da modalidade prevista no inciso “a” do §2º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (valor de mercado dos bens do ativo). Portanto, esse argumento do recorrente não possui fundamento legal.

O segundo argumento do recorrente propugna pela dedutibilidade realizada afirmando que a parcela do ágio relativa à avaliação do ativo imobilizado não compõe a parcela efetivamente deduzida, conforme o seguinte excerto (fls. 5788):

214. O segundo argumento é que a legislação fiscal autoriza que os contribuintes amortizem o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura no prazo mínimo de 5 (cinco) anos, contados da data da incorporação, fusão ou cisão. No presente caso, a amortização do ágio é efetuada pela SACP no prazo de 10 anos; superior ao prazo mínimo previsto na legislação.

215. Em outras palavras, a Recorrente apropriou menos despesas a título de amortização fiscal do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do que o permitido pelas normas fiscais. Sendo assim, ainda que exista qualquer ágio fundamentado na mais-valia de ativos transferido para a SACP, o que se admite apenas para fins de argumentação, este ágio não foi amortizado para fins fiscais.

216. De fato, não há qualquer excesso de ágio amortizado pela Recorrente ao longo do período amortizado, uma vez que a parcela supostamente atribuída pela Fiscalização à mais-valia de ativos (cerca de R\$ 1.8 milhões) não resultou em amortização do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura maior do que a prevista na legislação (1/5 do valor total do ágio por ano).

Verifico que o valor da avaliação do ativo imobilizado compõe o valor total da avaliação constante do referido laudo, sem que se tenha feito qualquer segregação, de forma que não há como afirmar que essa parcela não foi amortizada, pois tudo forma um único todo. Com isso, entendo que o argumento do contribuinte não possui fundamento fático.

Adicionalmente aos argumentos trazidos no recurso voluntário, o voto inicial trouxe mais dois argumentos para serem apreciados pelo colegiado.

O primeiro afirma que o fato de o valor do negócio ter sido inferior à avaliação contida no referido laudo daria ensejo ao entendimento de que o ágio não contém a parcela relativa à avaliação do ativo imobilizado. Mais uma vez, trata-se de um argumento sem fundamento fático, considerando que não há essa segregação no negócio realizado. Ademais, seria mais razoável entender que a redução do valor do negócio, em relação à avaliação feita, se deveu a uma redução na expectativa de rentabilidade futura e não na exclusão do valor dos ativos imobilizados, os quais compuseram efetivamente o negócio.

O segundo argumento adicional trazido no voto inicial afirma que “não havia à época nenhuma ordem de prioridade na alocação do ágio, tendo sido demonstrado pelo próprio

laudo que todo ágio diz respeito à rentabilidade futura constatada com base na metodologia do Fluxo de Caixa Descontado”.

A interpretação literal do §2º do artigo 20 do Decreto-lei 1.598 não permite afirmar que existe uma ordem de precedência entre os três critérios lá apontados, conforme afirmou o ilustre relator. Todavia, não há dúvida de que esse dispositivo obriga o contribuinte a registrar todos os fundamentos por ele adotados. Em outras palavras, a interpretação gramatical da lei impõe que o contribuinte registre todos os fundamentos econômicos efetivamente utilizados para se encontrar o valor do ágio, mas não obriga que seja feita uma reavaliação prévia dos ativos da adquirida ou que seja feita uma avaliação do fundo de comércio da adquirida ou, ainda, que seja estudada a rentabilidade futura da empresa adquirida.

Contudo, essa interpretação traz uma questão de prova para a fiscalização, que pode ser sintetizada na seguinte pergunta: o fato de o contribuinte não ter registrado um determinado fundamento possível para o ágio significa que ele não adotou esse fundamento ou significa que ele deixou de atender a norma? Somente a auditoria fiscal pode dar uma resposta a essa pergunta. Se a fiscalização encontrar evidências de que o contribuinte considerou o valor de mercado dos ativos da adquirida para cômputo do ágio e não segregou essa parte do ágio, fica caracterizada a infração à norma.

Na espécie, foi exatamente isso o que aconteceu, o contribuinte considerou o preço de mercado dos ativos da adquirida para determinar o valor do negócio e não segregou essa realidade no registro do ágio. Portanto, a glosa correspondente deve ser mantida.

## 2 Ágio – aumento de capital

A fiscalização também verificou que parte do valor contabilizado do ágio diz respeito a dois aportes feitos pela empresa investidora, no valor total de R\$ 544.669.278,00, a título de aumento de capital, após a realização da aquisição que deu origem ao ágio. Também foi constatado que o aumento de capital adotou um valor por ação muito inferior ao valor praticado na aquisição original. Com isso, a fiscalização entendeu que essa parcela não poderia ser incluída no montante do ágio dedutível e glosou a respectiva dedução.

O recorrente combate essa glosa parcial apresentando dois argumentos a seguir apreciados.

Inicialmente, o recorrente afirma que os valores apontados pela fiscalização compõem o valor total da aquisição das participações societárias, o que seria evidenciado pelo fato de os recursos terem sido transferidos na mesma data em que foi concretizado o negócio, nos seguintes termos (fls. 5797):

255. A aquisição da participação societária detida pela Lotpar não pode ser dissociada da subscrição em aumento de capital. Ambas são realizadas no mesmo dia e constituem o custo de aquisição do investimento detido pela SACP e SAIP na Medley. Ao determinar o conceito do que se trata uma "combinação de negócios", o Pronunciamento CPC n.º 15 ("CPC 15") determina o que segue:

[...]

256. Portanto, uma operação entre o adquirente (SACP) e a adquirida (Medley) pode integrar uma combinação de negócios, se ela é efetuada no contexto da transação e beneficiar a própria entidade adquirida. Trata-se exatamente da hipótese destes autos, na qual a SACP aporta capital na entidade adquirida juntamente com a

aquisição da participação societária de terceiros. Neste contexto, deve a subscrição de ações ser considerada conjuntamente com a aquisição de participação societária e computada no custo do investimento adquirido. Este raciocínio é aplicável tanto na vigência das novas regras quanto na aplicação das antigas regras contábeis.

Deve ser salientado que o negócio que merece a atenção aqui é a aquisição realizada pelo contribuinte, pois é este negócio que determina a existência do ágio. A atividade empresária da empresa adquirida, ou seja, a produção e comercialização de medicamentos, apesar de ser importante para a empresa adquirente, não possui relevância para a apuração do ágio em tela. Apesar de o saneamento contábil e financeiro da empresa adquirida ser importante para a continuidade do seu negócio, este saneamento não fez parte do negócio que gerou o ágio, ou seja, a aquisição.

Apesar de a empresa adquirente ter saneado a empresa adquirida tão logo foi realizada a aquisição não implica que o saneamento fez parte do negócio da aquisição. O instrumento que determina as feições do negócio realizado é o contrato celebrado entre as partes e os termos do contrato não podem ser superados por suposição baseada em uma coincidência de datas.

O contrato de compra e venda entre a Sanofi Comercial, a Sanofi Industrial e a Lotpar está juntado aos autos, em cópia devidamente traduzida (fls. 139). O artigo segundo desse contrato trata do preço do negócio, estipulado no valor de R\$ 955.330.721,46, em que não se faz qualquer menção à situação do patrimônio líquido da empresa adquirida.

É de importante relevo a existência, nesse mesmo dispositivo do contrato, de cláusulas que permitem o ajuste do preço do negócio, conforme a seguinte transcrição:

## ARTIGO II

### COMPRA E VENDA DE AÇÕES

2.1. Compra e Venda, de Ações. Sujeito aos termos e condições deste Contrato e com base nas declarações e garantias aqui incluídas, a Vendedora neste ato vende à cada Compradora, e cada Compradora neste ato compra e adquire da Vendedora, todas as Ações, na Data do Fechamento, livres e desembaraçadas de quaisquer Gravames, na seguinte proporção:

- Sanofi Aventis Comercial e Participações Ltda. - 58.589.800 Ações

- Sanofi Aventis Industrial e Participações Ltda. - 6.509.979 Ações

2.2. Preço de Compra e Condições de Pagamento. Em contraprestação pela venda de Ações na Data de Fechamento, a Compradora pagará à Vendedora R\$955.330.721,46 (novecentos e cinquenta e cinco milhões, trezentos e trinta mil, setecentos e vinte e um reais e quarenta e seis centavos) ("Preço de Compra"). O Preço de Compra será pagável como segue:

[...]

2.3. Ajuste do Preço de Compra.

2.3.1. Demonstrações Financeiras de Fechamento Auditadas. No mais tardar em 45 (quarenta e cinco) Dias Úteis a contar da Data do Fechamento, a Compradora fará com que a Sociedade entregue às Partes o balanço patrimonial da Sociedade na Data do Fechamento auditado pela PWC ("Demonstrações Financeiras de Fechamento Auditadas"), juntamente com as Demonstrações Financeiras de Fechamento Auditadas Ajustadas preparadas pela PWC, contendo o cálculo e o valor (i) do Endividamento Líquido no Fechamento; (ii) da Situação Patrimonial no Fechamento; e (iii) o Valor de

Ajuste do Preço de Compra. As Demonstrações Financeiras de Fechamento Auditadas serão preparadas de forma consistente com as Demonstrações Financeiras segundo os GAAP Brasileiros em 31 de dezembro de 2007, ou seja, antes da vigência da Lei nº 11.638/2007, conforme consistentemente aplicadas. A KPMG, na qualidade de consultora da Vendedora e dos Acionistas Fundadores, terá o direito de observar e acompanhar a auditoria das Demonstrações Financeiras de Fechamento Auditadas e o cálculo pela PWC (i) do Endividamento Líquido no Fechamento; (ii) da Situação Patrimonial no Fechamento; e (iii) do Valor de Ajuste do Preço de Compra, como também ter acesso a todos os livros e registros da Sociedade.

Para evitar dúvidas, o Endividamento Líquido no Fechamento e a Situação Patrimonial no Fechamento não incluirão e/ou levarão em consideração o pagamento pela Compradora, em nome da Vendedora, à Sociedade do Valor de Dívida da Vendedora, nos termos da Cláusula 2.2(ii) acima.

Assim, apesar de existir previsão de ajuste do preço do negócio, isso não foi realizado, o que significa que o preço é aquele inicialmente estipulado, o qual não inclui o aporte feito pela compradora na empresa já adquirida, logo após a aquisição.

Também merece destaque o último parágrafo transcrito acima, em que está explicitado que o preço do negócio não seria afetado por “pagamento pela Compradora, em nome da Vendedora, à Sociedade do Valor de Dívida da Vendedora”, o que pode ser interpretado como um entendimento de que o aporte posteriormente realizado não faz parte do preço de compra.

Assim, entendo que não procede o argumento do recorrente de que o referido aporte faz parte do preço da compra, pois não foi isso o estipulado no respectivo contrato de compra e venda.

Ainda nessa quadra, subsidiariamente, o recorrente propugna pela possibilidade de se incluir no valor dedutível do ágio, além do valor pago, o valor correspondente ao patrimônio líquido negativo da empresa adquirida, conforme o seguinte excerto (fls. 5806):

285. Diferentemente do entendimento manifesto pela Fiscalização, a legislação fiscal autoriza expressamente a amortização do ágio reconhecido com relação à parcela do patrimônio líquido que se encontra negativa. Este fato pode ser demonstrado em razão dos dois argumentos expostos abaixo.

286. O primeiro argumento é de natureza legal, uma vez que a quantificação do valor do ágio se dá a partir da diferença do custo de aquisição e do valor de patrimônio líquido. Sendo assim, a métrica prevista na legislação para a quantificação do ágio necessária e obrigatoriamente inclui o valor do patrimônio líquido negativo da empresa adquirida, conforme estabelecido nos já transcritos Artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 e nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97.

287. O segundo argumento é de ordem econômica e financeira. Isto porque o valor de mercado de uma empresa que está com o seu patrimônio líquido negativo é necessariamente menor do que uma empresa que possui patrimônio líquido positivo.

A tese do recorrente causa espécie, pois não encontra amparo na legislação, na doutrina ou na jurisprudência, além de ferir a razoabilidade.

É certo que a técnica contábil aplicada pode fazer surgir um valor negativo para o patrimônio líquido de uma empresa, mas a utilização desse resultado não pode ser feita ao desprezo do contexto em que ele será aplicado.

O presente processo está tratando de uma aquisição de participação societária e sua valoração, conforme o método de equivalência patrimonial, e é nesse contexto que a análise deve ser realizada. Um patrimônio não possui valor negativo. Se uma empresa deve mais do que poderia pagar, ainda que liquidasse todos os seus bens, o seu valor para fins de investimento é zero. A jurisprudência do CARF aponta nesse sentido, conforme a decisão unânime no Acórdão nº 1402-002.682, de 25/07/2017, o qual adotou a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -IRPJ

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO OU LIQUIDAÇÃO DE INVESTIMENTO.  
VALOR CONTÁBIL DO INVESTIMENTO AVALIADO PELO VALOR DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido será a soma algébrica dos seguintes valores: (i) valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte: (ii) ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte: (iii) provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real.

Sendo negativo o valor do PL da investida, o investimento da controladora será nulo ou "zero" e não refletirá tal déficit em sua contabilidade. Em consequência, o custo a ser considerado será "zero" e a ele se contraporá o montante da alienação para fins de apuração do "ganho de capital".

O recorrente confunde as categorias da situação analisada para chegar a um resultado desconectado da realidade econômica e tributária. Ao afirmar que o valor do investimento hoje é negativo, ele está trazendo para o valor de hoje todo o esforço futuro necessário para fazer com que o patrimônio líquido seja zerado. Em outras palavras, o contribuinte está incluindo no valor de hoje do bem uma expectativa de esforço econômico futuro. Embora a medida da insolvência tenha a sua utilidade no âmbito de um planejamento administrativo da empresa deficitária, não possui efeito dentro do método de equivalência patrimonial utilizado para calcular o ganho de capital de um investidor. O valor da empresa insolvente, para fins de investimento, é zero, não importando se a insolvência é maior ou menor.

Ainda que se admitisse, apenas por hipótese, a possibilidade de considerar o valor negativo do patrimônio líquido no cálculo do ágio, verifico que, na espécie, outra parcela do ágio deveria ser reduzida, qual seja, a expectativa de rentabilidade futura. Conforme apontado pela fiscalização, a projeção de rentabilidade do investidor foi feita com base nos dados da empresa investida já saneada, após a compra, ou seja, não considerou o esforço econômico para sanear-la. Se esse esforço fosse considerado, certamente diminuiria a rentabilidade da investida e pelo valor do esforço realizado. Assim, de toda forma, o valor negativo do patrimônio líquido não iria compor, direta ou indiretamente, o ágio dedutível. Transcreve-se trecho do Termo de Verificação Fiscal (fls. 5192):

48. Para suportar a contabilização do ágio, a fiscalizada apresentou o Balanço Patrimonial de 27/04/2009, que serviu de base para apurar o ágio, e o documento denominado "Medley S/A Industria Farmacêutica - Laudo de Avaliação Econômico-Financeira - Data-base: 27 de abril de 2009" elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. Este Laudo está datado de 30 de junho de 2009, e já está considerando os efeitos do aumento de capital realizado pelos adquirentes, o que demonstra que foi elaborado após a aquisição da Medley 50.

49. Esse laudo apresenta um estudo de rentabilidade futura baseado em uma condição patrimonial bem diversa daquela em que se deu a aquisição, uma vez que a

investida recebeu um montante de capital expressivo após a aquisição, no valor de R\$ 544.669.278.00.

Diante do exposto, entendo que está correta a glosa em tela.

### **3 Amortização – prazo adotado**

O recorrente reclama de que a glosa da dedução do ágio não poderia ter sido realizada, uma vez que o contribuinte está praticando as amortizações no prazo de dez anos, de forma que a redução do ágio amortizável não necessariamente prejudica as deduções efetivamente realizadas.

Entendo que, ao remanescer ágio dedutível, alguma dedução realizada pelo contribuinte pode ser devida. Todavia, essa é matéria relativa à liquidação da presente decisão, não carecendo de determinação no presente momento, em que se está analisando o Direito a ser aplicado.

### **4 Multa isolada – multa de ofício - concomitância**

A dedução das despesas com a amortização do ágio em tela também reduziu as bases estimadas utilizadas no pagamento das antecipações mensais do IRPJ e da CSLL (estimativas), uma vez que a empresa atuada fez o cálculo dessas antecipações por meio de balancetes de suspensão ou redução. Consequentemente, a glosa dessas despesas teve o efeito de aumentar o valor devido das correspondentes estimativas mensais, pelo que a fiscalização também exigiu a multa isolada em razão do pagamento a menor dessas estimativas.

Inicialmente, verifico que as referidas multas isoladas foram exigidas com fundamento no artigo 43, inciso II, alínea "b", da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007 (fls. 5228). Com isso, é forçoso concluir que a Súmula CARF n.º 105<sup>86</sup> não alcança essas multas, uma vez que a referida súmula está expressamente voltada para as multas exigidas com fundamento no artigo 44 § 1º, inciso IV da Lei n.º 9.430, de 1996, dispositivo legal diverso daquele utilizado na espécie.

O recorrente se insurge contra a exigência dessas multas isoladas por entender que constituem duplicidade de sanção sobre o mesmo fato, considerando que também estão sendo cobradas multas de ofício pelo recolhimento a menor dos tributos apurados no final do exercício tributário.

A exigência de multa isolada em concomitância com a exigência de multa de ofício tem sido realizada com muita frequência pela Administração Tributária e já deu ensejo a muitos debates no âmbito do CARF. Adoto o entendimento de que não há *bis in idem* na exigência concomitante dessas duas multas, uma vez que a obrigação de antecipar parcelas estimadas dos tributos tem natureza de obrigação acessória, enquanto a obrigação de pagar os tributos após a ocorrência do fato gerador é, seguramente, obrigação tributária principal. Ademais, comparando as duas sanções, verifica-se que os dispositivos legais sancionadores são

---

<sup>86</sup> Súmula CARF n.º 105

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei n.º 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

distintos, as bases de cálculo são distintas, as condutas são distintas, as sanções são distintas também em seus índices e os momentos de exigência podem ser distintos.

A jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais orienta o acolhimento da exigência simultânea das duas multas. Por exemplo, veja-se o recente Acórdão n.º 9101-003.913, de 4 de dezembro de 2018, o qual adotou a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ posteriores à Lei n.º 11.488/2007, quando não justificados em balanço de suspensão ou redução, é cabível a cobrança da multa isolada, que pode e deve ser exigida, de forma cumulativa, com a multa de ofício aplicável aos casos de falta de pagamento do mesmo tributo, apurado de forma incorreta, ao final do período-base de incidência.

Com isso, a turma julgadora manteve a exigência da multa isolada devida pelo pagamento a menor de estimativas.

## 5 Conclusão

Pelo exposto, o colegiado entendeu por dar parcial provimento ao recurso voluntário para fins de manter a glosa das despesas com a amortização do ágio apenas em relação à parcela relativa ao aumento de capital (R\$ 544.669.278,00) e à parcela relativa à *mais valia* do ativo imobilizado (R\$ 35.049.000,00), bem como para afastar a qualificação da multa de ofício, fazendo-a retornar ao patamar ordinário de 75%.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque