



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720086/2020-27
ACÓRDÃO	1401-006.989 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BR PROPERTIES S.A
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. EMPRESA-VEÍCULO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese prevista no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, de possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio na apuração do imposto devido, requer que da exigível "confusão patrimonial" participe a real investidora, aquela PJ que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Não se admite a dedução da amortização do ágio se a real investidora transferiu recursos a uma "empresa-veículo", denotando o específico fim de que os aplicasse na aquisição de participação societária em outra empresa; também não se admite a dedução referida se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou possa ter sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE PAGAMENTO DE ESTIMATIVAS MENSIS DO IRPJ E DA CSLL. MULTA COM BASE DISTINTA DA MULTA DE OFÍCIO. SEM OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

Por se aplicarem a materialidades distintas, o legislador previu a possibilidade de aplicação concomitante das duas penalidades, multa de ofício e multa isolada, sem que isso signifique dupla punição por mesma conduta. Não cabe evocar nessa hipótese o princípio da consunção.

AFASTAMENTO DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO DE 150%. Não se verificou o dolo do sujeito passivo, eis que a situação dos autos se limitou a

uma divergência na qualificação dos atos para fins tributários. Assim, fica afastada a qualificação da penalidade imposta.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2015, 2016

DEDUÇÃO INDEVIDA A TÍTULO DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL. PREVISÃO LEGAL.

Na apuração da Base de Cálculo da CSLL se aplicam as normas da legislação regente e vigente para o IRPJ. No caso, a exigência fiscal está fundamentada legalmente.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao auto de infração reflexo a decisão adotada no julgamento do auto de infração matriz, em razão da coincidência de elementos de convicção presentes em ambos os lançamentos (matriz e reflexo).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário em relação: (i) ao mérito da autuação, (ii) ao lançamento de CSLL e (iii) à exigência da multa isolada por falta/insuficiência de pagamento de estimativas. Vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, André Severo Chaves e Andressa Paula Senna Lísias. Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para afastar a qualificação da multa de ofício. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Claudio de Andrade Camerano. Julgamento realizado após a edição da Lei nº 14.689/2023, que deverá ser observada quando da execução do acórdão.

Sala de Sessões, em 10 de junho de 2024.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Andressa Paula Senna Lísias –Redatora *ad hoc*

(documento assinado digitalmente)

Claudio de Andrade Camerano – Redator designado para voto vencedor

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, André Severo Chaves, Andressa Paula Senna Lisias e Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

RELATÓRIO

Como Redatora *ad hoc*, sirvo-me do Relatório elaborado pelo Relator original, Conselheiro André Severo Chaves, que havia sido inserido, sob forma de minuta, no diretório corporativo do CARF:

Trata-se de Recurso Voluntário contra acórdão da 9ª Turma da DRJ/04, que julgou totalmente improcedente a Impugnação apresentada pela contribuinte, mantendo o crédito tributário exigido.

A seguir o relatório da DRJ que resume o presente litígio:

Trata-se de Impugnação de exigência de crédito tributário (CT) formalizada contra BR PROPERTIES S.A (BR Prop /Contribuinte) mediante os Autos de Infração (AI) de IRPJ - imposto de renda pessoa jurídica (fls. 2.094/2.106), sob o regime de tributação do lucro real anual e, com tributação reflexa de CSLL - contribuição social sobre o lucro líquido (fls. 2.107/2.118), relativos aos anos-calendário 2015 e 2016, com imposição da multa de ofício qualificada no percentual de 150%, prevista no art. 44, I e §1º, da Lei 9.430/1996, c/a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, e multa isolada, de 50%, por falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL no curso dos respectivos anos-calendário. O valor total do CT constituído está especificado no AI/IRPJ (fls.2.094) e no AI/CSLL (fls....), conforme se transcreve em seguida:

Fls.2.094

**Auto de infração
IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA**

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$

IMPOSTO	Cál. Recurso Darf 2917	Valor 13.950.521,63
JUROS DE MORA (Calculados em 12/2020)		Valor 3.352.310,34
MULTA PROPORCIONAL (Presencial de Redução)		Valor 20.925.782,44
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE (Presencial de Redução)	Cál. Recurso Darf 1632	Valor 9.964.858,31
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 48.193.272,72
QUARENTA E OITO MILHÕES, CENTO E NOVENTA E TRÊS MIL, DUZENTOS E SETENTA E DOIS REAIS E SETENTA E DOIS CENTAVOS		

Fls.2.107

**Auto de infração
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO**

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$

CONTRIBUIÇÃO	Cál. Recurso Darf 2973	Valor 3.518.132,33
JUROS DE MORA (Calculados em 12/2020)		Valor 845.407,19
MULTA PROPORCIONAL (Presencial de Redução)		Valor 5.277.198,49
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE (Presencial de Redução)	Cál. Recurso Darf 1649	Valor 3.587.277,00
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 13.228.015,01
TREZE MILHÕES, DUZENTOS E VINTE E OITO MIL E QUINZE REAIS E UM CENTAVO		

No Termo de Ciência de Lançamentos e Encerramento Total do Procedimento Fiscal foi resumido assim(fls. 2.121):

Processo	Documento de Lançamento	Valor
16561-720.086/2020-27	IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA	R\$ 48.193.272,72
16561-720.086/2020-27	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO	R\$ 13.228.015,01
Total		R\$ 61.421.287,73

Foram identificadas pela Fiscalização infrações relativas a exclusões indevidas, na apuração da base tributável, de que resultou imposto suplementar, submetido a multa de ofício, qualificada pelo dolo, e falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ, pela qual foi aplicada multa isolada, conforme indicado no AI principal (IRPJ):

EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL		
INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS		
Valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real, conforme relatório fiscal em anexo.		
Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2015	79.717.266,49	150,00
31/12/2016	79.717.266,49	150,00
ENQUADRAMENTO LEGAL		
Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2015 e 31/12/2016:		
art. 3º da Lei nº 9.249/95.		
Arts. 247 e 250 do RIR/99		
Arts. 4º, 5º, 12 a 15, 16, §§ 2º e 3º, 26, 64, caput, 67, caput e parágrafo único, 68 e 69 da Lei nº 12.973/2014.		
Multa ou Juros Isolados		
INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA		
Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.		
Fato Gerador	Multa	
31/12/2016	9.964.658,31	
ENQUADRAMENTO LEGAL		
Fatos geradores ocorridos entre 31/12/2016 e 31/12/2016:		
Arts. 222 e 843 do RIR/99; art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14		

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (TVF – fls. 2.051/2.91), a Contribuinte, BR PROPERTIES (doravante BR PROP), é uma S/A de capital aberto, ingressa no Novo Mercado da B3 S.A, tem por objeto social "(i) a compra, venda e incorporação de imóveis comerciais prontos ou a construir; (ii) a administração de imóveis próprios ou de terceiros; (iii) o arrendamento, exploração comercial, locação e sublocação de imóveis comerciais próprios ou de terceiros, incluindo imóveis comerciais construídos sob medida (built-to-suit) pela Companhia; (iv) a prestação de serviços de consultoria de negócios; e (v) a participação em sociedades, associações, fundos de investimento imobiliário ou fundos de investimento em participações."

Das considerações iniciais. Síntese do objeto da fiscalização

A ação fiscal, autorizada pelo Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 08.1.85.00-2019-00070-6, de 28/07/2019 (fls.2; prorrogado sucessivamente até 12/02/2021), teve por objetivo inicial a apuração do IRPJ correspondente à amortização (dedutibilidade) do ágio de R\$ 983.503.079,00, na apuração do IRPJ e da CSLL, nos AC 2015 e 2016, gerado no grupo econômico integrado pela Contribuinte.

Este Termo de Verificação Fiscal (TVF) tem por objeto principal a apuração dos reflexos tributários advindos da reestruturação societária orquestrada entre **WTORRE PROPERTIES S.A.** (razão social alterada para **ONE PROPERTIES S.A.**), CNPJ nº 07.875.234/0001-21, na época das operações societárias, controlada por **WTORRE S.A.**, CNPJ nº 07.022.301/0001-65, **BANCO BTG PACTUAL S.A.**, CNPJ nº 30.306.294/0001-45, então acionista majoritário de **SAÍRA-DIAMANTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**, CNPJ nº 09.147.553/0001-46 e **BR PROPERTIES**.

A partir de 10/06/2011, quando foi celebrado Contrato de Associação entre **BANCO BTG PACTUAL** e **WTORRE S.A.**, ocorreu uma série de operações societárias que culminaram na incorporação da **SAÍRA DIAMANTE** pela **ONE PROPERTIES**, e desta pela **BR PROPERTIES**.

A partir de 10/06/2011, quando celebrado Contrato de Associação entre Banco BTG PACTUAL e WTORRE S.A, houve uma série de operações societárias que culminaram na incorporação da SAÍRA DIAMANTE pela ONE PROPERTIES (ONE Prop), e desta pela BR PROPERTIES (BR Prop).

Em AGE realizadas nos dias 22/11/2011 e 29/03/2012, a ONE Prop aumentou seu capital social no montante de R\$ 1.476.821.940,05, subscritos e integralizados com os mesmos bens que o BANCO BTG PACTUAL (Banco BTG) entregou para a sua Controlada SAÍRA DIAMANTE (SAÍRA). As integralizações dos aumentos de capital da ONE PROP geraram duas apurações de ágio, no total de R\$ 983.503.079,00. Na AGE de 29/03/2012 foi aprovada a Incorporação reversa da SAÍRA, pela ONE Prop, e a incorporação reversa da ONE PROP, pela BR PROP. O ágio referido foi registrado, e passou a ser amortizado (deduzido) fiscalmente sob a alegação de fundamento econômico previsto no RIR/99, art.385, §2º, “b” (referenciado no DI nº 1.598/77, art.20).

Conforme descrito, às fls.205 do TVF, a Fiscalização identificou que a investigada BR PROP, ora impugnante, na Demonstração do Lucro Real, realizou indevidos lançamentos de exclusão (dedução), Registro M300 da ECF, no código 152, “Ágio por rentabilidade futura (goodwill)”, e código 161, conta 13.2 da Parte B, “(...) Ajustes referentes à conta de depreciação divergente do §3º do art.57 da Lei 4.506/64 ...”.

ECF - M300 - 2015	Mensal	Anual
Cód. 152 - Conta 13.1	5.607.941,67	67.295.300,00
Cód. 161 - Conta 13.2	1.035.163,84	12.421.966,49
Total AC 2015	6.643.105,51	79.717.266,49
ECF - M300 - 2016	Mensal	Anual
Cód. 152 - Conta 13.1	5.607.941,67	67.295.300,00
Cód. 161 - Conta 13.2	1.035.163,87	12.421.966,49
Total AC 2016	6.643.105,54	79.717.266,49
Total AC 2015 e 2016	13.286.211,05	159.434.532,98

A Fiscalizada informou a classificação incorreta na rubrica 161, ao invés da rubrica 152 no registro M300 da ECF.

“O Item 13.2 refere-se ao Ágio de Rentabilidade Futura da Saira. Conforme já esclarecido, por um lapso foi classificado incorretamente nesta rubrica, quando deveria estar junto com o valor da rubrica 152.”

A BR PROPERTIES forneceu abertura das fichas de apuração do Lucro Real, nas quais se nota **amortização do ágio proveniente da SAÍRA**, nos montantes de **R\$ 79.717.266,49**, nos anos de 2015 e 2016.

Ao ser questionada sobre a origem da amortização de ágio deduzida na Demonstração do Lucro Real, a Fiscalizada informou que:

“A Intimada esclarece que o valor de ágio registrado como exclusão no Registro M300 das ECFs dos anos-calendário 2015 e 2016, mais especificamente na linha 152 do LALUR e do LACS, refere-se ao ágio pago pela Saira Diamante Empreendimentos Imobiliários S.A. (“Saira”), quando da aquisição de participação na One Properties S.A. (“OneP”), o qual passou a ser amortizado pela Intimada após a incorporação da OneP, em 29 de março de 2012.

Sobre o referido ágio, cumpre esclarecer que foi formado em dois momentos distintos:

- (i) em 22 de novembro de 2011, quando a Saira adquiriu 48,81% de ações da OneP, pelo valor total de R\$ 627.451.534,30; e*
- (ii) em 29 de março de 2012, quando a Saira adquiriu 23,4% de ações da OneP, pelo valor de R\$ 849.370.406,55.”*

A Fiscalizada respondeu que o citado ágio foi registrado e está sendo amortizado com fundamento econômico previsto na alínea "b" do parágrafo § 2º, do artigo 385, do Regulamento do Imposto de Renda (artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77).

O ágio surge em aquisições de participações societárias por um preço superior ao valor contábil retratado nas demonstrações financeiras das sociedades adquiridas, e seu registro na contabilidade da investidora decorre do desdobramento do custo de aquisição, conforme previsto no Decreto-Lei nº 1.598/1977:

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

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas

[...]

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

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao

[...]

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

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

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

Da análise fiscal. Do laudo extemporâneo impróprio

O lançamento do ágio deveria indicar seu fundamento econômico. Neste caso, o ágio foi registrado pela Fiscalizada e está sendo amortizado com fundamento econômico previsto na alínea "b" do §2º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, qual seja: "valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros".

A lei, conforme §3º do referido artigo 20, exige que o lançamento de ágio fundamentado em rentabilidade prevista em resultados futuros seja baseado em demonstração arquivada pelo contribuinte como comprovante da escrituração. Embora, na época, não houvesse obrigatoriedade na forma específica de laudo, a demonstração de valor da participação societária, baseada em expectativa de rentabilidade futura, é requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio.

O Acórdão 02-101.468 – 4ª Turma da DRF/RHE, Sessão de 19/06/2020, Processo 16561.720108/2019-15, julgou que o laudo é condição para a dedutibilidade fiscal do ágio, e o mesmo deve ter conteúdo que motive, de forma técnica e isenta, o pagamento de valor adicional sobre o investimento adquirido.

"AGIO = FUNDAMENTO ECONÔMICO = EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA = DEMONSTRAÇÃO"

Uma das condições para a dedutibilidade fiscal do ágio baseado em rentabilidade futura é a existência de laudo (ou documento equivalente), arquivado como "demonstração" do ágio suportado pela parte investidora sobre a parte investida, de autoria técnica e isenta, e conteúdo suficiente a motivar o pagamento de valor adicional (ágio) sobre o investimento adquirido, em relação ao seu valor representativo na contabilidade da parte investida [...]

Como informado acima, a demonstração da expectativa de rentabilidade futura, como parte dos fundamentos legítimos a levar determinada empresa operadora a investir em ativos de outra (pagando por isso valor superior ao que se encontra contabilizado nos livros da adquirida), passa pela existência comprovada de documento (como "laudo", ou demonstrativo equivalente), de confecção idônea, técnica e isenta, no qual estejam reunidos e demonstrados os elementos e projeções sobre a "parte investida", suficientemente apta a motivar tal decisão. Por questão de lógica, tal demonstrativo deve ser realizado antes de eventual aquisição societária, para se concluir sobre o pagamento da mais valia."

Na legislação à época vigente, eram três as possibilidades de fundamentação do ágio, listadas no §2º do artigo 20, resumidamente:

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

A fiscalização registrou às fls.2.058/2.059 explicações/orientações do Manual de Contabilidade Societária (FIECAFI, 2018, pg. 596), a fim de explicitar o entendimento sobre segregação inicial do investimento em uma aquisição, para em seguida apresentar um exemplo baseado nesse Manual, acerca de como deveria ser o lançamento contábil, segundo as recomendações do Pronunciamento Técnico CPC 15.

Afirma, então, que em 2011, época de ocorrência do primeiro investimentos com ágio sob análise, o CPC 15 já estava vigente. E aponta que a resposta à Intimação 03, acerca de outra fiscalização da mesma empresa sobre os AC 2012 a 2014, revelou que a fiscalizada fez uma avaliação do ágio para fins contábeis e outra para fins fiscais.

"A Intimada esclarece, ainda, que na última resposta, informou de maneira equivocada que o valor do ágio de rentabilidade futura era de R\$672.953 milhões. Esse valor referia-se ao ágio de rentabilidade futura para fins contábeis."

A alocação entre as possibilidades de fundamentação do ágio, artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, deveria derivar da constatação da realidade, não cabendo escolha por mera vontade do contribuinte (por exemplo, por motivos tributários). Caso contrário, o laudo que dá suporte ao ágio vira uma obra de ficção, meramente formal, sem substância, com o único intuito de aproveitar um benefício fiscal.

Os laudos econômico-financeiro entregues fizeram uso do método do Fluxo de Caixa Descontado para avaliar o valor da empresa adquirida (*valuation*). Entretanto, não servem para respaldar o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*), uma vez que o ágio por expectativa de rentabilidade futura é o valor residual apurado após valorados a mercado os ativos e passivos identificáveis, levantamento este que não foi informado nos laudos e relatórios apresentados.

Além de não estimarem, conforme os preceitos contábeis, os ágios por expectativa de rentabilidade futura, os laudos apresentados calcularam o valor da empresa após a integralização de capital efetuada pela SAÍRA DIAMANTE. Ou seja, houve também a inobservância quanto ao elemento temporal na elaboração dos laudos.

O primeiro laudo fundamentou-se em dados do dia 22/11/2011, enquanto o segundo em dados do dia 29/03/2012, para análise. Ambos os relatórios foram entregues pela consultoria em 10/10/2012, 323 e 195 dias, respectivamente, após a conclusão dos negócios jurídicos. O laudo elaborado de forma extemporânea está em desacordo com o §3º do art. 20 do Decreto-lei 1.598/1977, que exige que o ágio com base em previsão dos resultados futuros deve ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

É lógico se pressupor que o documento (laudo) que demonstra a razão econômica do pagamento do ágio, conforme exigido por lei, exista até a data do registro da aquisição da participação societária, para que haja o correto lançamento contábil do ágio. Neste caso, o referido documento, produzido após a conclusão do negócio, não deu suporte ao registro contábil do ágio, ocorrido no seu efetivo pagamento, visto que ainda não existia a demonstração que comprovasse o fundamento econômico do ágio a ser lançado.

Os demonstrativos (laudos de avaliação extemporâneos), apresentados pelo contribuinte como comprovante de suporte para o registro contábil do nascimento dos ágios analisados, não existiam na data do registro do lançamento contábil, sendo, portanto, imprestáveis para comprovar ou suportar (documentação contábil) tais registros.

O Acórdão do CARF nº 1402-003.869 (sessão de 17/04/2019), Processo nº 10600.720097/2016-31, corrobora o entendimento da necessidade do laudo prévio.

"FUNDAMENTO ECONÔMICO: RENTABILIDADE COM BASE EM PREVISÃO DE RESULTADO NOS EXERCÍCIOS FUTUROS DA INVESTIDA. LAUDO TÉCNICO PRODUZIDO POSTERIORMENTE À AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO. INEFICÁCIA.

O laudo acostado aos autos, elaborado após a operação de aquisição dos investimentos, para amparar o registro contábil dos ágios com fundamento na previsão de resultado de exercícios futuros, não é contemporâneo aos fatos, e não fundamenta os ágios. A dedutibilidade do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura exige que o valor de aquisição do investimento esteja lastreado em laudo prévio."

Outro Acórdão do CARF nº 1301-003.655 (sessão de 22/01/2019), Processo nº 16682.722995/2015-66, também relata a necessidade de laudo contemporâneo:

"REGISTRO DO ÁGIO. FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12973/14. LAUDO ELABORADO APÓS O REGISTRO DO ÁGIO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DO LAUDO. ESTUDO INTERNO. POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE SER CONTEMPORÂNEO AO SEU REGISTRO.

Antes da vigência da Lei nº 12.973/14, um dos requisitos para que o ágio possa ser amortizado é que haja ao menos estudo prévio contemporâneo ao seu registro, não sendo admitida a apresentação de laudo elaborado meses após a sua contabilização. Para que os estudos internos possam avaliar o registro e a amortização do ágio é necessária comprovação de que foram elaborados à época de sua contabilização."

O Processo nº 16561.720139/2017-12, autuação na BR PROPERTIES com glosa deste mesmo ágio, nos anos-calendário 2012 a 2014, já foi julgado pela 7ª Turma da DRJ/BHE, Acórdão nº 02-88.921 (sessão de 20/12/2018), e teve a seguinte ementa:

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. DEMONSTRAÇÃO DO VALOR. REQUISITOS.

A lei exige que o lançamento do ágio baseado na perspectiva de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração. Embora não houvesse, à época dos fatos, a exigência de demonstração na forma de laudo, a produção e arquivamento de documentação que apresente, de forma objetiva e precisa, a demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária e aquisição, a partir das perspectivas de rentabilidade futura da empresa, é ônus do adquirente e constitui requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio correspondente.

A fiscalização conclui, portanto, pela glosa de todos os ágios que, no registro de seu nascedouro, careceram de documentação contábil de suporte. Vale dizer: (i) por ausência de documento comprobatório tempestivo (que podia ser um laudo) que desse suporte ao ágio apurado na aquisição da ONE PROPERTIES, e também (ii) por ausência de documento hábil, conforme normas contábeis vigentes, a demonstrar/projetar tecnicamente o valor do ágio por rentabilidade futura.

Por essas razões houve as glosas fiscais dos valores deduzidos da Base de Cálculo do IRPJ, e da Base de Cálculo da CSLL, nas rubricas de amortização de ágio pago com fundamento em rentabilidade futura.

Do ágio transferido

No âmbito tributário, todo ágio ou deságio amortizado na contabilidade deve ter seus efeitos fiscais neutralizados (anulados) perante o IRPJ e a CSLL enquanto não houver alienação ou liquidação do investimento adquirido. Adiciona-se, ou exclui-se, o ágio ou o deságio, mediante o controle desses valores em livros fiscais próprios para futuro aproveitamento, conforme disciplinado no RIR/99, artigos 391 e 426, vigentes à época dos fatos.

Assim, considerando-se a fundamentação econômica, o ágio na aquisição de investimento em outras empresas somente pode ser amortizado nos casos de extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão das sociedades, no prazo mínimo de 60 (sessenta) meses, conforme Lei nº 9.532/1997, art.7º, III:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

[...]

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

Em seguida a r. ficalização passou a uma descrição dos fatos que culminaram em síntese na seguinte análise fiscal.

A SAÍRA DIAMANTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS era empresa de pequeno porte, pertencente a MDL REALTY INCORPORADORA S.A., que registrava até 2010, antes da entrada do BANCO BTG PACTUAL S.A., acervo líquido de R\$ 4.310.093,00.

Em 19/11/2010, o BANCO BTG PACTUAL comprou 70% das cotas de capital de SAÍRA DIAMANTE. Em Assembleia Geral de Transformação realizada na mesma data, aprovaram aumentar em R\$ 13.000.000,00 o Capital Social, que passou a ser de R\$ 17.310.093,00.

O restante da participação societária, 30%, foi transferido ao BTG PACTUAL em 02/05/2011, mediante a consolidação da propriedade das cotas que pertenciam a MDL REALTY INCORPORADORA S.A., que haviam sido dadas em garantia de empréstimo realizado junto ao BANCO BTG ("CCBs", Cédulas de Crédito Bancário).

Registra que "FATO RELEVANTE" divulgado pela ONE PROPERTIES (na época WTORRE), foi celebrado em 10/06/2011, o "Contrato de Associação" entre BANCO BTG PACTUAL e WTORRE S.A (que viria a se tornar ONE PROPERTIES a partir de 22/11/2011)

Essa associação seria por meio da integralização de capital da ONE PROPERTIES, a ser realizada pelo BANCO BTG PACTUAL (Banco BTG), ou por outra sociedade do Grupo BTG PACTUAL (no caso, a empresa utilizada pelo Grupo BTG na operação societária foi a empresa-veículo SAÍRA DIAMANTE).

"Em 10 de junho de 2011, o Banco BTG Pactual S.A. ("BTGP") e a WTORRE S.A., sociedade por ações, com sede na Rua George Eastman nº. 280, sala 39, Vila Tramontano, na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 07.022.301/0001-65 ("WTS"), controladora da Companhia, celebraram um contrato de associação e outras avenças ("Contrato de Associação") que detalha os termos e condições que regularão o aporte de ativos imobiliários e recursos financeiros na Companhia pelo BTGP e/ou por quaisquer sociedades por ele controladas ou que com ele estejam sob controle comum ("Afiladas" e, em conjunto com BTGP, "Grupo BTGP"), assim como por investidores aos quais o Grupo BTGP venha a ceder os direitos decorrentes do Contrato de Associação ("Transação"). O aporte será precedido de uma reorganização societária da Companhia, por meio da qual serão segregados determinados ativos imobiliários desta, os quais serão transferidos para uma sociedade controlada pelos atuais acionistas da Companhia."

No referido "Contrato de Associação" evidencia-se que a aquisição de participação acionária na ONE PROPERTIES (doravante ONE PROP, chamada de "Sociedade" no trecho do Contrato abaixo transcrito), seria com o aporte de capital do BANCO BTG PACTUAL, no montante de R\$ 1.755.074.555,00, sendo que no mínimo R\$ 1.127.053.175,00 mediante o aporte dos ativos do próprio BANCO BTG PACTUAL (doravante Banco BTG), e o restante em moeda corrente.

"Contribuição dos Banco BTGP e dos Investidores. A contribuição do Banco BTGP (e, verificada a Cessão para Investidores, dos Investidores) ("Contribuição Total") para o capital da Sociedade totalizará R\$1.755.074.555,00 (um bilhão, setecentos e cinquenta e cinco milhões, setenta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais), sendo que (i) no mínimo R\$1.127.053.175,00 (um bilhão, cento e vinte e sete milhões, cinquenta e três mil, cento e setenta e cinco reais) serão contribuídos mediante o aporte dos Ativos Banco BTGP, (ii) no máximo R\$128.021.380,00 (cento e vinte e oito milhões, vinte e um mil, trezentos e oitenta reais) serão obrigatoriamente contribuídos pelo Banco BTGP para integralização em moeda corrente a prazo para fazer frente a obrigações de pagamento relacionadas ao Imóvel Faria Lima, e (iii) R\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) serão contribuídos obrigatoriamente em moeda corrente (observado o disposto na Cláusula 4.3 abaixo), ressalvado que o Banco BTGP poderá ceder a Investidores o direito de subscrever e a obrigação de integralizar as ações correspondentes a tal parcela, na forma da Cláusula 4.7 abaixo ("Aporte em Moeda Corrente"). A Contribuição Total

Em 14/09/2011, a BR PROPERTIES (doravante BR PROP) divulgou em "FATO RELEVANTE" que foi celebrado MEMORANDO DE ENTENDIMENTO" entre BR PROP, Banco BTG, e ONE PROP (na época WTORRE), prevendo a incorporação de ações da ONE PROP pela BR PROP. Na época, o Fato Relevante divulgado ao mercado já previa que essa incorporação reversa de ações somente ocorreria após a conclusão da associação supramencionada (da participação na ONE PROP pelo Banco BTG), que foi acordada desde 10/06/2011.

"BR Properties S.A. ("BR Properties") e WTorre Properties S.A. ("WTorre"), em atendimento às disposições da Instrução CVM n.º 338/2002, vêm a público informar aos seus acionistas e ao mercado em geral que no dia 14 de setembro de 2011 celebraram, em conjunto com Banco BTG Pactual S.A. ("BTG"), Memorando de Entendimentos tendo por objeto a incorporação, pela BR Properties, de 100% das ações de emissão da WTorre ("Incorporação de Ações"). A WTorre terá as ações de sua emissão incorporadas ao capital social da BR Properties após a conclusão das operações previstas no Contrato de Associação e Outras Avenças celebrado em 10 de junho de 2011 entre WTorre S.A., WTorre, BTG, et al, objeto de divulgação no fato relevante publicado pela WTorre em 10 de junho de 2011 ("Investimento BTG").

[...] Após a conclusão do Investimento BTG e sujeito a eventuais ajustes decorrentes das diligências acima apontadas, os acionistas da WTorre, incluindo o BTG e eventuais investidores a serem por este indicados ("Investidores BTG"), receberão, após a Incorporação de Ações, ações ordinárias de emissão da BR Properties correspondentes a aproximadamente 41,9% do capital social da BR Properties, sendo que, desse total, aproximadamente 30,8% do capital social da BR Properties será detido pelo BTG e investidores BTG. WTorre S.A. deterrá 8,4% do capital social da BR Properties e os restantes 2,7% serão detidos por outros investidores."

O trecho a seguir do "MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS" reforça que o **BANCO BTG PACTUAL seria o real adquirente da participação na ONE PROPERTIES** (antiga WTORRE PROPERTIES).

"(II) BTG será detentor de ações ordinárias da WTorre nos termos do Contrato de Associação e Outras Avenças celebrado em 10 de junho de 2011 entre WTorre S.A., WTorre, BTG, et al, ("Contrato de Associação WTorre")."

O "MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS" também explica o resultado pretendido ao final das operações societárias, qual seja a entrada do BANCO BTG PACTUAL na sociedade, via aquisição parcial (controle) das ações da ONE PROPERTIES e incorporação da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES.

"(VII) as Partes têm interesse em (i) implementar e concluir uma operação de incorporação de ações, em bases comutativas e mutuamente satisfatórias, por meio da qual a BR Properties incorporará a totalidade das ações de emissão da WTorre ("Ações da WTorre") ou, individualmente, "Ação da WTorre") e, em contrapartida, BTG e os demais acionistas da WTorre receberão ações de emissão da BR Properties ("Ações da BR Properties") ou, individualmente, "Ação da BR Properties"), mediante a celebração de Contratos Definitivos (conforme definido acima), bem como (ii) estabelecer desde já alguns aspectos do relacionamento entre as Partes;"

Em AGE realizada em 24/10/2011 na SAIRA-DIAMANTE, aprovou-se a eleição de diretores da SAIRA, que também pertenciam ao alto escalão da administração do BANCO BTG, reforçando a ideia de mera empresa veículo para uso no planejamento tributário abusivo do BTG.

5. Reeleger, como membros da Diretoria da Companhia, para um mandato de 3 (três) anos, os Srs. Carlos Daniel Rizzo da Fonseca, brasileiro, casado, administrador, portador da cédula de identidade RG 20.951.838-8-SP-SP, inscrito no CPF/MF sob o n.º 257.157.866-51 e Marcelo Fedak, brasileiro, casado, administrador, portador da cédula de identidade RG n.º 30.164.212-6-SSP-SP, inscrito no CPF/MF sob o n.º 221.417.858-98, ambos com escritórios na Praia de Botafogo, n.º 501, 5º e 6º andares, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 22.250-040;

6. Eleger, como membro da Diretoria da Companhia, para um mandato de 3 (três) anos, Thiago Augusto Cordeiro, brasileiro, solteiro, administrador de

Em AGE realizada em 22/11/2011, a SAIRA-DIAMANTE aprovou o primeiro aumento de capital após ser adquirida pelo BTG PACTUAL, um ano antes, mediante conferência de bens e de moeda corrente. De forma que o capital social da SAIRA-DIAMANTE passou de R\$ 17.310.093,00 (dezesete milhões, trezentos e dez mil e noventa e três reais) para R\$ 1.478.223.609,65 (um bilhão, quatrocentos e setenta e oito milhões milhões, duzentos e vinte três mil, seiscentos e nove reais e sessenta e cinco centavos).

2. O acionista aprovou o aumento de capital social da Companhia, no montante de R\$1.364.834.341,71 (um bilhão, trezentos e sessenta e quatro milhões, oitocentos e trinta e quatro mil, trezentos e quarenta e um reais e setenta e um centavos) ("1º Aumento de Capital"), mediante a emissão de 1.364.834.342 (um bilhão, trezentos e sessenta e quatro milhões, oitocentos e trinta e quatro mil, trezentos e quarenta e duas) novas ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, a um preço de emissão de R\$1,00 (um real) por ação, calculado com base no parágrafo primeiro do artigo 170 da Lei n.º 6.404/76, de forma que o capital social da Companhia passará de R\$17.310.093,00 (dezesete milhões, trezentos e dez mil e noventa e três reais), para R\$1.382.144.434,71 (um bilhão, trezentos e oitenta e dois milhões, cento e quarenta e quatro mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e setenta e um centavos).

4. O acionista aprovou os Laudos de Avaliação, que apuraram que o valor contábil dos Ativos Banco BTGP Aportados, contribuídos ao capital da Companhia a título de integralização de 1.140.998.663 (um bilhão, cento e quarenta milhões, novecentos e noventa e oito mil, seiscentos e sessenta e sete) ações ora subscritas pelo Banco BTGP, é de R\$1.140.998.662,83 (um bilhão, cento e quarenta milhões, novecentos e noventa e oito mil, seiscentos e sessenta e dois reais e oitenta e três centavos).

Na mesma data de 22/11/2011 (data da AGE) foi concluída a 1ª parte da negociação entre o Banco BTG e WTORRE S.A, segundo a Ata da AGE realizada na ONE PROP (na época WTORRE PROP). Houve então o primeiro aumento de capital

da Cia. O segundo aumento de capital foi no montante de R\$ 627.451.534,30, mediante a emissão de 75.396.333 novas ações integralmente subscritas e integralizadas com aporte de ativos imobiliários pela SAÍRA DIAMANTE (os mesmos ativos que o Banco BTG acabara de transferir para a SAÍRA, neste mesmo dia). A SAÍRA DIAMANTE figura, pois, como empresa-veículo utilizada pelo Banco BTG, que passou a deter 49,99% do capital total da ONE PROP. Consta às fls.2.069 excerto, reproduzido pela fiscalização, da Ata da AGE referida.

Nessa AGE foram emitidos bônus de subscrição em benefício da SAÍRA DIAMANTE, que lhe conferia o direito de receber 132.638.307 ações adicionais da ONE PROP. Ali também se aprovou a alteração da denominação social da WTORRE PROPERTIES S.A, que passou a se chamar ONE PROPERTIES S.A.

1ª Incorporação de ações da da ONE PROPERTIES pelo BTG / SAIRA

Em 22/11/2011 o Banco BTG Pactual aumentou o capital social da SAIRA-DIAMANTE de 17 milhões para 1,478 bilhão, grande parte com imóveis.

Na mesma data, SAIRA adquiriu participação na **ONE PROPERTIES** utilizando imóveis que acabara de receber do Banco BTG.

Essa aquisição gerou o **1º ágio** que foi registrado na SAIRA.

Essa sucessão de fatos ocorridos no curto lapso temporal de **1 (um) dia**, o BANCO BTG entrega bens para sua controlada SAIRA-DIAMANTE, que utiliza esses mesmos bens para subscrever e integralizar aumento de capital social da ONE PROPERTIES, evidencia a simulação do real propósito negocial, que seria a aquisição de participação acionária na ONE PROPERTIES, pelo BANCO BTG PACTUAL, o real adquirente desse investimento.

A SAIRA-DIAMANTE, até o dia anterior, possuía cerca de R\$ 17 milhões de Capital Social (sendo alguns imóveis como ativo principal) e não teria condições próprias para realizar essa vultosa aquisição da ONE PROPERTIES. Fica evidente que a SAIRA foi utilizada como veículo para o investimento e, consequentemente para a posterior transferência do ágio para fins fiscais.

O Acórdão do CARF nº 1402-003.869 (sessão de 17/04/2019), Processo nº 10600.720097/2016-31, também apóia o entendimento sobre investidor de fato, quando utilizada empresa veículo para canalizar investimento.

"ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO PARA CANALIZAR O INVESTIMENTO ORIUNDO DO EXTERIOR. A utilização de empresa veículo não é verificada apenas pelo tempo de constituição da empresa. Confirmado o exíguo prazo entre o aporte dos recursos advindos do exterior e as operações societárias que deram origem ao ágio e à sua amortização fiscal, mostra-se correta a acusação fiscal de que o investidor de fato seria a sociedade remetente dos recursos do exterior."

A integralização do aumento de capital da ONE PROPERTIES, no dia 22/11/2011, gerou apuração de ágio, no total de **R\$ 418.117.657,00**, calculado, segundo resposta da Fiscalizada, da seguinte forma:

1º aporte da SAÍRA DIAMANTE na ONE PROPERTIES em 22/11/2011	
Aquisição de 48,81% de cotas da OneP pela Saíra (PL da One P)	710.657.978
(-) Expurgos eventos extraordinários ocorridos entre 22.11.2011 e 31.12.2011	-281.783.000
(=) PL de referência da OneP após 1º aporte	428.874.978
(x) % subscrito pela Saíra na OneP em 22.11.2011	48,81%
(=) Valor patrimonial investimento da Saíra na OneP em 22.11.2011	209.333.877
Valor do 1º aporte da SAIRA na ONE PROPERTIES em 22.11.2011	627.451.534
(-) Valor patrimonial investimento de Saíra na OneP em 22.11.2011	-209.333.877
(=) 1º ágio	418.117.657

Em 14/01/2012, foi informada ao mercado a assinatura do “ACORDO DE INCORPORAÇÃO E OUTRAS AVENCAS” entre BR PROP, ONE PROP, Banco BTG e WTORRE S.A, tendo por objeto a incorporação da totalidade do patrimônio da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES, com a consequente extinção da ONE PROP e emissão aos seus acionistas, na proporção de suas participações na ONE PROP, de até 129.813.498 novas ações ordinárias da BR PROP.

“2.03 Participação Acionária na BR Properties após a Incorporação. Em decorrência da Incorporação — e desde que nenhum Acionista One Properties exerça direito de resgate no âmbito da Incorporação —, o capital social da BR Properties será aumentado e passará a ser dividido em 309.817.417 ações ordinárias escriturais e sem valor nominal, totalmente subscritas e integralizadas, distribuídas entre os seus acionistas da seguinte forma:”

Acionista	Nº de Ações Ordinárias	Percentual (%)
Acionistas BR Properties	180.003.919	58,10%
Acionistas One Properties (exceto BTG e WTorre S.A.)	16.087.063	5,19%
BTG	87.612.575	28,28%
WTorre S.A.	26.113.860	8,43%
Total	309.817.417	100%

Neste momento também foi determinada uma série de eventos prévios a incorporação acima citada, entre eles o “Exercício de Bônus de Subscrição” pela SAIRA-DIAMANTE, novo aumento do Capital Social de ONE PROPERTIES, e incorporação reversa da SAIRA pela ONE PROPERTIES.

Como condição prévia à incorporação, SAIRA-DIAMANTE deveria contribuir com bens e direitos ao capital da ONE PROPERTIES, por meio do exercício de Bônus de Subscrição Série “G”, emitido pela ONE PROPERTIES em 22.11.2011.

Em 02/03/2012, foi firmado “PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE ONE PROPERTIES S.A. POR BR PROPERTIES S.A.” entre os administradores de ONE PROPERTIES S.A., E BR PROPERTIES S.A. O “PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE INCORPORAÇÃO” cita que o BANCO BTG PACTUAL, real comprador e WTORRE S.A. celebraram o acima citado “ACORDO DE INCORPORAÇÃO”.

[...]

O “PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE INCORPORAÇÃO” também abordou os atos prévios a incorporação da ONE PROPERTIES.

[...]

Conforme descrito nesse Protocolo, reproduzido em parte às fls.2.073, depois de cumpridos eventos/condições prévias à incorporação a fim de gerar efeitos em relação ao patrimônio líquido da ONE PROP e exercitados os bônus de subscrição e aumento de capital social da ONE PROP, veio a seguinte situação:

Acionista	Nº de Ações Ordinárias	Percentual (%)
Saíra	208.034.640	73,39%
WTorre S.A.	57.022.301	20,12%
Banco Santander (Brasil) S.A.	7.905.729	2,79%
Banco Votorantim S.A.	4.668.081	1,65%
Outros	5.830.385	2,06%
Total	283.461.136	100,00%

"(ii) Incorporação de Saíra por One Properties. Como condição prévia à incorporação e na mesma data das Assembleias da One Properties e BR Properties que sobre ela deliberarão, os acionistas de One Properties e de Saíra deverão aprovar, em suas correspondentes Assembleias Gerais Extraordinárias, a incorporação da Saíra pela One Properties, evento este que o resultará em aumento do capital social da One Properties, importando todavia no aumento patrimônio líquido da One Properties, em montante equivalente ao ágio reconhecido pela Saíra no investimento atualmente por ela detido na One Properties, o qual na Data-Base, é igual a R\$98.140.605,24 (noventa e oito milhões, cento e quarenta mil, seiscentos e cinco reais e vinte e quatro centavos). Como resultado de tal incorporação, os acionistas da Saíra, a saber, BTG, Rendefeld S.A., Paulo Arantes Ferraz, Ângela Regina Rodrigues de Paula Freitas, Carmem Sílvia Rodrigues Maia e Gabriel Mario Rodrigues, passarão a ser acionistas da One Properties. Sendo assim, as ações de emissão da One Properties passarão a ser distribuídas entre os seus acionistas da seguinte forma:"

Acionista	Nº de Ações Ordinárias	Percentual (%)
BTG	191.311.077	67,49%
Rendefeld S/A	2.499.577	0,88%
Paulo Arantes Ferraz	2.370.664	0,84%
Ângela Regina Rodrigues de Paula Freitas	3.555.997	1,25%
Carmem Sílvia Rodrigues Maia	1.777.998	0,63%
Gabriel Mario Rodrigues	6.519.327	2,30%
WTorre S.A.	57.022.301	20,12%
Banco Santander (Brasil) S.A.	7.905.729	2,79%
Banco Votorantim S.A.	4.668.081	1,65%
Outros	5.830.385	2,06%
Total	283.461.136	100,00%

O "PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE INCORPORAÇÃO" também especificou o aumento do patrimônio líquido de BR PROPERTIES e a composição do capital social após a incorporação.

Está descrito às fls.2.074, nos termos desse Protocolo (item 4.1.), que com o aumento de capital e emissão de ações programados, da incorporação resultará: (i) aumento de capital da BR PROP de R\$ 68.011.767,27; e (ii) na constituição de uma reserva de capital no valor de R\$ 1.649.094.302,58, dos quais R\$ 98.140.605,24 equivalem a uma reserva especial de ágio. Os somatórios das quantias de (i) e de (ii) equivale ao valor do patrimônio líquido contábil da ONE PROP, conforme Laudo de Avaliação referido no item 3.2 (do Protocolo). Como resultado serão emitidas 129.413.498 novas ações ordinárias pela BR PROP para os acionistas da ONE PROP, todas nominativas, escriturais e sem valor nominal, idênticas às atualmente existentes, as quais serão atribuídas aos acionistas da ONE PROP, de acordo com a relação de substituição indicada no item 2.1. deste Protocolo. Dessa forma as ações de emissão da BR PROP, totalmente subscritas e integralizadas, passarão a ser distribuídas entre os seus acionistas da seguinte forma (considerando o não exercício de direito de recesso por nenhum acionista ONE PROP no âmbito da incorporação).

Acionista	Nº de Ações Ordinárias	Percentual (%)
Acionistas da BR Properties (antes da Incorporação)	180.003.919	58,10%
Acionistas da One Properties (exceto BTG e WTorre S.A.)	16.087.063	5,19%
BTG	87.612.575	28,28%
WTorre S.A.	26.113.860	8,43%
Total	309.817.417	100,00%

"5.2. Atos Societários Prévios. Previamente à Incorporação, deverão ser realizados os seguintes atos:

(i) AGE de SAÍRA para: (a) examinar, discutir e aprovar os termos do Protocolo e Justificação de Incorporação de SAÍRA por ONE PROP; (b) aprovar a incorporação de SAÍRA por ONE PROP; e (c) autorizar a distribuição, aos acionistas da SAÍRA, das ações de emissão da ONE PROP, atualmente de titularidade da SAÍRA, e

(ii) AGE de ONE PROP, a ser realizada previamente à AGE referida no item 5.1(i) acima, para: (a) consignar o aumento do capital social e a emissão de novas ações pela ONE PROP, em decorrência do exercício do Bônus de Subscrição série "G" pela SAÍRA; (b) examinar, discutir e aprovar o Protocolo e Justificação de Incorporação de SAÍRA por ONE PROP; (c) ratificar a nomeação e contratação da Apsis para elaboração do Laudo de Avaliação do patrimônio da SAÍRA e aprovar o tal Laudo de Avaliação da SAÍRA; (d) aprovar a incorporação da SAÍRA pela ONE PROP; (e) alterar o art.5º, caput, do estatuto Social da ONE PROP, de maneira a refletir o aumento do capital social e a emissão de ações decorrentes do evento descrito no item (a) acima.

Em 29/03/2012, realizou-se AGE na ONE PROPERTIES, conforme previsto no "ACORDO DE INCORPORAÇÃO E OUTRAS AVENÇAS". Entre outras ações consignou-se aumento de capital em decorrência do exercício do Bônus de Subscrição, sendo emitidas 132.638.307 novas ações ordinárias pela ONE PROPERTIES, ao preço de emissão total de R\$ 849.370.406,55.

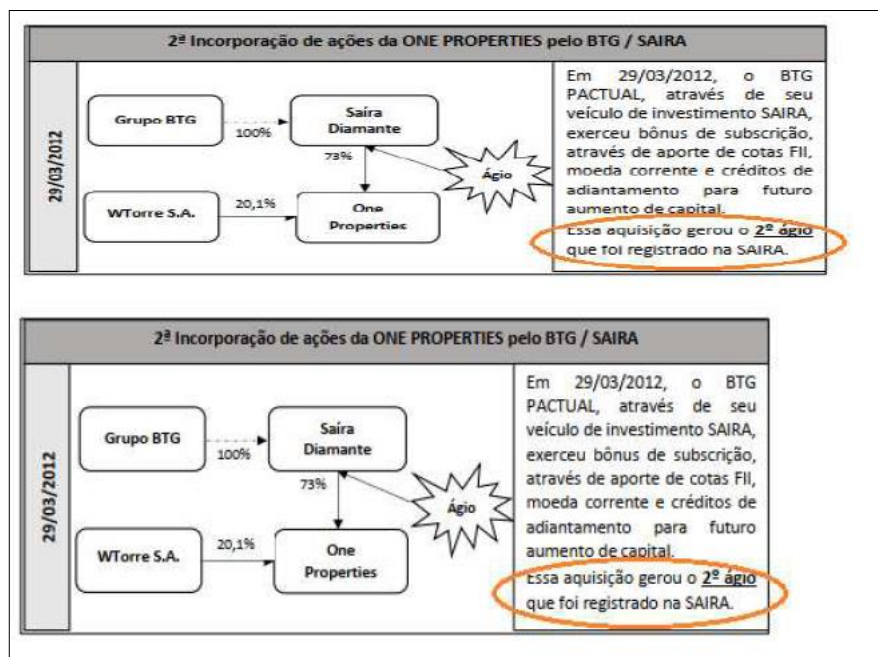
Consta às fls.2.075/2.076 do TVF transcrição dos itens 5, 6.2, 6.2.1, 6.2.2 e 6.7 do Acordo de Incorporação e Outras Avenças mencionado no parágrafo anterior.

O organograma a seguir (retirado do laudo da Deloitte), ilustra a estrutura acionária da ONE PROPERTIES, após a transação que atribuiu 73% de participação acionária a SAÍRA:



Figura 4 - Organograma parcial One Properties

O 2º aumento de capital social da ONE PROPERTIES, no montante total de R\$ 849.370.406,55, foi subscrito e integralizado pela SAÍRA DIAMANTE com os outros bens que o BANCO BTG PACTUAL havia aportado recentemente em sua controlada.



A integralização do 2º aumento de capital da ONE PROPERTIES, no dia 29/03/2012, gerou mais uma apuração de ágio, no total de R\$ 565.385.421,00, calculado pela Fiscalizada da seguinte forma:

2º aporte da SAIRA DIAMANTE na ONE PROPERTIES em 29/03/2012	
Aquisição de 23,4% de cotas da OneP pela Saira - PL da OneP cf. critérios 31.12.2007 após 2º aporte em 29.03.2012	1.213.611.048
(x) % subscrito pela Saira na OneP em 29.03.2012	23,40%
(-) Valor patrimonial investimento da Saira na OneP em 22.11.2011	283.984.985
Valor do 2º aporte da SAIRA na ONE PROPERTIES em 29.03.2012	849.370.406
(-) Valor patrimonial investimento de Saira na OneP em 29.03.2012	-283.984.985
(=) 2º ágio	565.385.421
Total do ágio gerado nos dois momentos de aquisição de participação	983.503.078

Laudos extemporâneos de rentabilidade futura

Quanto às Demonstrações necessárias para dar suporte ao ágio, a fiscalização registrou no TVF, às fls.2.078, que foi elaborado extemporaneamente em 10/10/2012, pela DELOITTE, Laudos de Rentabilidade Futura no propósito de oferecer suporte ao ágio apurado na aquisição da ONE PROP pelo Banco BTG. A Carta de introdução a esse Laudo deixa claro que a utilização da SAIRA DIAMANTE foi como empresa-veículo de investimento para o real adquirente BANCO BTG PACTUAL.

Conforme solicitado por V.Sas., procedemos ao serviço de Avaliação Econômico-Financeira para estimar o valor econômico, na data-base 29 de Março de 2012, da totalidade das quotas da One Properties S.A. ("One Properties" ou "Empresa"), conforme apresentado no Relatório a seguir.

Em 22 de novembro de 2011, o BTG Pactual ("BTG"), por meio de seu veículo de investimento Saira-Diamante Empreendimentos Imobiliários S.A. ("Saira"), adquiriu de 49,99% de participação no capital social da One Properties e, posteriormente, em 28 de Março de 2012, com o exercício do bônus de subscrição previsto no Contrato de Associação e Outras Avenças firmado entre os acionistas das empresas em 22 de novembro de 2011, a Saira passou a deter 73% de participação acionária da One Properties.

Assim, entendemos que o propósito deste estudo é suportar o eventual ágio apurado quando da aquisição da One Properties pelo BTG, tendo como fundamento a expectativa de rentabilidade futura do negócio adquirido conforme requerido pelo Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99). 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.

Figura 5 - Laudo Deloitte - carta de introdução

Na sequência, aprovou-se a incorporação reversa da SAIRA-DIAMANTE pela ONE PROPERTIES (condição prévia à incorporação da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES), e as ações emitidas pela ONE PROPERTIES foram entregues para a controladora da SAIRA-DIAMANTE, o real adquirente BANCO BTG PACTUAL.

Para finalizar, dentre as deliberações aprovadas no dia 29/03/2012 (ainda no mesmo dia!), realizou-se AGE na BR PROPERTIES para aprovar a incorporação da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES. No mesmo dia (!) em que havia incorporado a SAIRA DIAMANTE, a ONE PROPERTIES foi incorporada pela BR PROPERTIES.

A incorporação da ONE PROPERTIES deixou o quadro societário da BR PROPERTIES da seguinte forma (extraído de Apresentação de Resultados da Deloitte):



Fonte: Administração da One Properties S.A.

Copyright © 2012 Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. Todos os direitos reservados

Figura 6 - Organograma parcial Br Properties após incorporação da One Properties

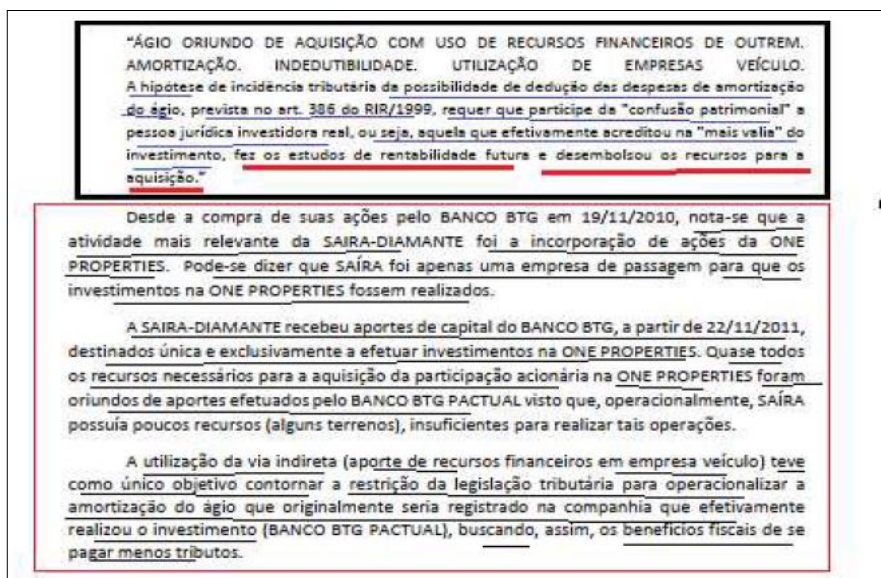


A incorporação reversa da SAIRA DIAMANTE transferiu o ágio para o ativo da ONE PROPERTIES e, em seguida, para a BR PROPERTIES, que, no mesmo dia, absorveu o patrimônio da ONE PROPERTIES.

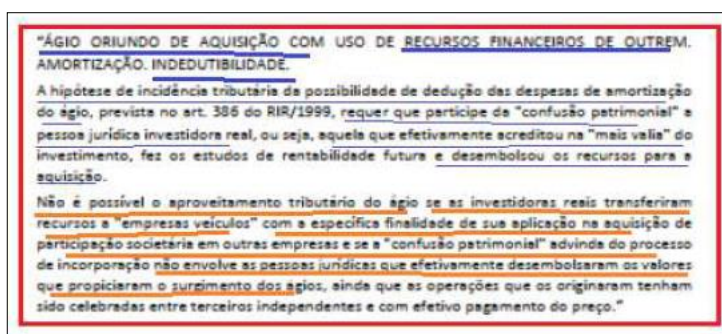
A Lei nº 9.532/1997 estabeleceu como requisito para a possibilidade de dedução fiscal da amortização do ágio a ocorrência de extinção (da empresa) por

incorporação da participação da investida, pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou vice-versa).

O Acórdão CARF nº 1301-003.655, de 22/01/2019, processo nº 16682.722995/2015-66, reforça a necessidade de “confusão patrimonial” para admitir a dedutibilidade do ágio.



O Acórdão CARF nº 9101-003.363, de 18/01/2018, , processo nº 16561.720073/2014-18, versa sobre a ineditabilidade de ágio oriundo de aquisição com uso de recursos financeiros de outrem.



Segundo a fiscalização, o entendimento adotado é corroborado pela doutrina de Ricardo Mariz de Oliveira, in “Fundamentos do imposto de Renda”:

“(…) Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível, haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão, deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição de dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei nº 1598.

Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que “a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra”, segundo o “caput” do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica “na qual detenha participação societária adquirida com ágio”. E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer “em virtude de incorporação, fusão ou cisão”.

Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida. [...]

Realmente, a racionalidade da norma está em que, por ter havido a reunião da pessoa jurídica a que se refira a expectativa da rentabilidade com a pessoa jurídica pagadora do ágio, este seja deduzido daqueles mesmos lucros esperados [...]

[...], a exigência de incorporação, fusão ou cisão não é uma condição vazia de sentido, que possa ser cumprida apenas formalmente, ...”

Segundo a autoridade fiscal, há outra evidência que explicita a utilização abusiva da SAÍRA DIAMANTE, como “canal de passagem” de transferência do ágio para fins exclusivamente tributários, foi o súbito aumento de capital ocorrido em 22/11/2011, com vultosa transferência de imóveis e outros bens do Banco BTG para a SAÍRA DIAMANTE, imediatamente antes da incorporação de ações da ONE PROP, que ocorreu no mesmo dia.

A não ser para obter vantagem tributária, não faria sentido societário ou econômico:

1. o muito expressivo aumento de capital na SAÍRA na mesma data da incorporação de ações com ágio da ONE PROP;
2. nova aquisição de ações da ONE PROP com ágio seguido de, no mesmo dia, incorporação reversa da SAÍRA, e incorporação da ONE PROP pela BR PROP.

Ficou evidente que a distorção nas operações societárias teve alto propósito tributário, para indevidamente gerar uma despesa supostamente dedutível na BR PROP.

Quando se observasse desatentamente apenas sob uma ótica formal, os eventos societários sucessivos poderiam aparentar licitude. Mas, conforme alerta Marco Aurélio Greco, in Planejamento tributário, 3a edição, Dialética, pg.130:

"A questão fundamental é saber como devemos enxergar a realidade, pois ela comporta mais de uma perspectiva. Pode ser vista fotograficamente, quadro a quadro, e com isto chegaremos a uma conclusão positiva ou negativa em relação a cada quadro isolado. Mas também pode ser vista cinematograficamente, vale dizer, o filme inteiro.

Qual das perspectivas adotar? Normalmente só sabemos qual é a história quando chegamos ao final; só no final entendemos o significado real de tudo o que aconteceu. Esta é uma pergunta-chave porque fotograficamente determinada opção pode ser plenamente protegida e até mesmo querida pelo ordenamento jurídico, mas da perspectiva do filme ela pode aparecer como instrumento para um planejamento inaceitável. Da mesma forma, os vários tipos de contrato como a compra e venda ou as operações de reorganização societária como a incorporação podem aparecer como instrumentos de planejamento inaceitáveis."

A permissão legal para que a empresa resultante da reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra adquirida com ágio, possa apropriar a amortização desse ágio como despesa dedutível, impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida. Permanecendo a existir o investimento, não se caracteriza a situação prevista na norma, que é o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a "confusão patrimonial do investimento".

Observe-se ao final da operação, que a situação organizacional resulta naquela pretendida desde o início, na essência, pelo BANCO BTG PACTUAL, qual seja, a titularidade de ações da BR PROPERTIES e, ao mesmo tempo, mantendo-se o patrimônio do BANCO BTG independente do patrimônio da empresa que ao final foi parcialmente adquirida (ONE PROPERTIES / BR PROPERTIES).

Após a análise do conjunto de atos societários e comerciais que culminaram na geração e transferência do ágio à investida final (BR PROPERTIES), conclui-se que jamais houve, por parte do BANCO BTG PACTUAL, a intenção de viabilizar a empresa veículo (SAIRA-DIAMANTE) de sorte que esta pudesse conservar as ações da investida.

A amortização do ágio somente poderia surtir efeitos na apuração do lucro real caso se verificasse a extinção da investida (ou da real investidora BANCO BTG), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, conforme pode ser visto no julgado do Acórdão do CARF nº 1402-003.736 (sessão de 19/02/2019), Processo nº 16327.720724/2016-04, que também discorreu sobre a impossibilidade de transferência de ágio.

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

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 - não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da consequente confusão patrimonial entre elas, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo."

Visto que não houve a extinção do investimento, é inadmissível a amortização fiscal do ágio. A possibilidade dedução do ágio se submete à regra geral disposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 25. A contrapartida da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20 não será computada na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 33.

Assim, considerando-se que: (i) o ágio foi transferido, (ii) que a pessoa jurídica incorporada (SAIRA) pela ONE PROPERTIES não foi a que realmente adquiriu a participação societária com ágio, (iii) não ocorreu a "confusão patrimonial" entre real adquirente (BANCO BTG) e adquirida (ONE PROPERTIES), (iv) os laudos foram extemporâneos e não seguiram

normas contábeis vigentes; não foi atendido o disposto nos arts. 7º, inciso III, e 8º da Lei 9.532/97 (matrizes legais do art. 386, inciso III e § 6 do RIR/99), não existindo assim amparo legal para a dedução da despesa com amortização do ágio SAIRA por parte da fiscalizada.

Assim, considerando-se que: (i) o ágio foi transferido, (ii) que a pessoa jurídica incorporada (SAIRA) pela ONE PROPERTIES não foi a que realmente adquiriu a participação societária com ágio, (iii) não ocorreu a "confusão patrimonial" entre real adquirente (BANCO BTG) e adquirida (ONE PROPERTIES), (iv) os laudos foram extemporâneos e não seguiram normas contábeis vigentes; não foi atendido o disposto nos arts. 7º, inciso III, e 8º da Lei

Da apuração dos valores tributáveis

Diante do exposto, foram efetuados os lançamentos de ofício de IRPJ e da CSLL, por decorrência da glosa fiscal configurada pela exclusão indevida da amortização do ágio, respectivamente registradas no LALUR e no LACS, indevidamente aproveitadas nos AC 2015 e 2016, porque indedutíveis na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL.

No período abrangido por esta ação fiscal, o sujeito passivo realizou lançamentos de exclusão (-) na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL, referentes ao ágio por rentabilidade futura, tendo declarado os seguintes valores nos registros M300 (Demonstração do Lucro Real) e M350 (Demonstração da Base de Cálculo da CSLL) da ECF (Escrituração Contábil Fiscal):

Código	2015	2016	Total geral
152 - Conta 13.1	67.295.300,00	67.295.300,00	134.590.600,00
161 - Conta 13.2	12.421.966,49	12.421.966,49	24.843.932,98
Total Anual	79.717.266,49	79.717.266,49	159.434.532,98

Logo, essas despesas serão tributadas de ofício por esta fiscalização com a constituição do correspondente crédito tributário de IRPJ e CSLL, mediante lavratura de Auto de Infração, do qual o presente Termo de Verificação Fiscal é parte integrante.

Da multa qualificada

Em face do lançamento de ofício, do IRPJ e da CSLL, cumpre observar o previsto na Lei nº 9.430/96, art.44, c/a redação dada pela Lei 11.488/2007, para a aplicação da multa de ofício cabível ao caso concreto:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º . O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A Lei nº 4.502/64, em seus artigos 71, 72 e 73, conceitua respectivamente os crimes de sonegação fiscal, fraude e conluio .

A caracterização de qualquer um desses tipos, ou a eventual combinação deles, determina a qualificação da multa, agravando-a de 75% para 150%, conforme previsto no art.44, I c/c o §1º da Lei 9.430/96, c/a redação dada pela Lei 11.488/2007.

No caso concreto, a fiscalização registrou n o TVF, anexo aos AI, que a seqüência de operações societárias realizadas pela autuada, e empresas acionistas, com forte poder de influência, foram formalizados com o intuito de dar aparência diversa do que realmente ocorreu (simulação), com o fim de se enquadrar forçadamente em hipótese de lei em que não se acomodam os atos praticados.

A transferência de bens do BANCO BTG para a SAIRA-DIAMANTE no mesmo dia da incorporação de ações da ONE PROPERTIES, com ágio, objetivou tentativa de fraudar a legislação fiscal, assim como a sequência de reorganizações societárias ocorridas em 29/03/2012 visaram transferir o ágio da SAIRA para a BR PROPERTIES, através da incorporação reversa da SAIRA pela ONE PROPERTIES.

A utilização da via indireta (aporte de recursos financeiros em empresa veículo) teve como objetivo relevante contornar a restrição da legislação tributária para operacionalizar a amortização do ágio que originalmente seria registrado na companhia que efetivamente realizou o investimento, buscando, assim, os benefícios fiscais de se pagar menos tributos.

A resposta a Intimação 03, da fiscalização dos ACs 2012 a 2014, revelando que a Fiscalizada fez uma avaliação do ágio para fins contábeis e outra para fins fiscais, também configura simulação, intuito de fraudar a legislação fiscal, apresentando um laudo meramente formal, sem substância, com o único intuito de aproveitar indevidamente um benefício fiscal, já que não representa a mesma realidade levantada para fins contábeis.

Em seguida exemplos de decisões exaradas pelo CARF no sentido de dever ser qualificada a multa de ofício quando evidenciada simulação mediante utilização de empresa-veículo:

Processo nº 10970.720351/2011-88
 Recurso nº De Ofício e Voluntário
 Acórdão nº 1103000.960 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
 Sessão de 6 de novembro de 2013
 Matéria IRPJ e reflexos
 Ano- calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

A sucessão de eventos modificativos de controle societário em um mesmo grupo empresarial sem qualquer finalidade comercial que resulte em incorporação de pessoa jurídica em cuja contabilidade constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade

futura, com utilização de empresa veículo, unicamente para criar de modo artificial as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real, caracteriza simulação montada para o fim exclusivo de economia tributária, o que autoriza o lançamento de ofício com imposição de multa qualificada em razão do intuito de fraude demonstrado.

Número do Processo: 16561.720155/2014-54

Contribuinte: BUNZL EQUIPAMENTOS PARA PROTECAO INDIVIDUAL LTDA

Tipo do Recurso: RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE

Data da Sessão: 10/09/2019

Nº Acórdão: 9101-004.383 – CSRF / 1ª Turma

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

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

[...]

CONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.

Considerando a similitude entre fatos tratados por acórdão recorrido e paradigma, concluindo os Colegiados prolores de tais decisões de forma distinta, é conhecido o recurso especial.

CONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL. MULTA QUALIFICADA.

É conhecido recurso especial quando acórdão recorrido e paradigmas analisam operações semelhantes, com a criação de "empresa veículo" e imputação de fraude na forma do artigo 72, da Lei nº 4.502/1964.

[...]

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

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

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

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

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. PLUS NA CONDUTA. DOLO.

Operações empreendidas com utilização de empresa de papel, sem substância econômica, visando construir deliberadamente o suporte fático para aproveitamento do ágio demonstrem flagrante artificialidade. Evidencia-se a presença dos elementos volitivo e cognitivo, caracterizando o dolo, o plus na conduta que ultrapassa o tipo objetivo da norma tributária e que é apenado com a qualificação de multa de ofício.

À luz do novo Cód. Civil, a autoridade fiscal aponta que os atos sob análise não preenchem o requisito de validade do negócio jurídico. Há vício na causa do negócio, que é nulo por ser simulado, conforme previsto no art.167 do novo CC ,de 2002.

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

§1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

A simulação praticada no planejamento tributário abusivo tem seus efeitos tributários estipulados pelo inciso VII do art. 149 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), que assim determina:

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;

A qualificação da multa é intrínseca à própria infração imputada, uma vez que as irregularidades apontadas encontram seu maior suporte no artificialismo da reorganização societária empreendida.

A operação engendrada pela fiscalizada e seus acionistas, conforme já exposto, é ilícita na medida em que sua distorção objetivou unicamente reduzir indevidamente a carga tributária a que estava sujeita. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

Da multa isolada aplicada. Não recolhimento das estimativas mensais obrigatórias

Nos AC 2015 e 2016, a BR PROP apurou resultado tributável pela sistemática do Lucro Real Anual, com cálculo das estimativas mensais devidas a título de IRPJ e da CSLL.

Como consequência disso do exposto neste processo, houve redução nos cálculos mensais das estimativas de IRPJ e da CSLL devidas, conforme demonstrado nas Planilhas “Cálculo do IRPJ e da CSLL por Estimativa”, anexas ao TVF, as quais apresentam os valores mensais devidos, após a exclusão dos efeitos fiscais do ágio na apuração do Lucro Real, e da Base de Cálculo da CSLL, e com o aproveitamento dos valores do IRRF e da CSLL retida na Fonte, apurados com base nas ECF apresentadas pela contribuinte.

A exigência da multa isolada se fez com base no previsto na Lei nº 9.430/96, art.44, II, “b”, c/a redação dada pela Lei nº 11.488/2007:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Da retificação do LALUR e do LACS

Em vista das infrações tributárias constatadas e registradas no TVF, foi a fiscalizada intimada a efetuar as devidas retificações em seu Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR), e no Livro correspondente, no demonstrativo de apuração da Base de Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (no LACS), relativos aos AC 2015 e 2016.

Por força do disposto na Portaria RFB nº 1.750, de 2018, a autoridade fiscal procedeu à Representação para Fins Penais, formalizada no Processo nº 17459.720005/2020-29.

Devidamente cientificada dos lançamentos efetuados, a autuada tempestivamente apresentou sua impugnação, de fls. 2.133/2.224, que ora se considera como se estivesse aqui integralmente transcrita. A seguir serão destacados apenas topicamente os principais argumentos de defesa apresentados, resumidos ao essencial:

1. Demonstrativo dos supostos créditos tributários apurados:

	IRPJ	CSLL
Principal	R\$ 13.950.521,63	R\$ 3.518.132,33
Juros de Mora (em 12/2020)	R\$ 3.352.310,34	R\$ 845.407,19
Multa de Ofício	R\$ 20.925.782,44	R\$ 5.277.198,49
Multa Isolada	R\$ 9.964.658,31	R\$ 3.587.277,00
Total	R\$ 48.193.272,72	R\$ 13.228.015,01

1.1. Para o AC 2015, todo o valor da base tributável do IRPJ, apurada pela fiscalização, foi respectivamente compensada, com prejuízo fiscal e com a base de cálculo negativa da CSLL, no próprio período de apuração, não havendo lançamento de tributo.

1.2. Os débitos de IRPJ e de CSLL lançados são exclusivamente relativos ao AC 2016, acrescidos de multa de ofício de 150% (qualificada), sob a acusação de fraude, e de juros de mora.

Em síntese, de acordo com a fiscalização, “a transferência de bens do Banco BTG para a SAÍRA-DIAMANTE no mesmo dia da incorporação de ações da ONE PROP, com ágio, objetivou tentativa de fraudar a legislação fiscal, assim como a seqüência de reorganizações societárias ocorridas em 29/03/2012 visaram transferir o ágio da SAÍRA para a BR PROP, através da incorporação reversa da SAÍRA pela ONE PROP”. (Grifos do relator)

1.3. Também foi lançada multa isolada em razão de suposta falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e da CSLL nos AC 2015 e 2016.

Todavia, será demonstrado que a autuação fiscal não merece subsistir, devendo ser integralmente cancelada.

Razões apresentadas para a improcedência da autuação:

(i) preliminarmente, conforme reconhecido no TVF, considerando-se que a fiscalização já havia efetuado a glosa das despesas de amortização desse mesmo ágio nos AC 2012 a 2014, tendo tal autuação por fundamento apenas a extemporaneidade dos laudos, com imposição de multa de ofício de 75%, não se poderia nesta oportunidade, sob pena de violar o CTN, art.146, modificar o critério jurídico em novos lançamentos com a pretensão de atingir fatos geradores pretéritos, para trazer nova fundamentação a sustentar a indedutibilidade do referido ágio. Não bastasse isso, ainda se pretendeu, mediante qualificação, majorar a multa de ofício aplicada.

(ii) regularidade material e temporal dos laudos apresentados, para fundamentar o registro do ágio em questão.

(ii.a) à época dos fatos, a legislação fiscal vigente permitia a alocação integral do ágio à rentabilidade futura da investida, desde que fosse de fato a causa do pagamento do “sobrepço”, e houvesse demonstrativo que justificasse tal fundamento, sendo que no caso concreto foi exatamente isso o que ocorreu.

(ii.b) não há dúvida de que os laudos (ou demonstrativos) apresentados pela ora impugnante, desde o curso da fiscalização, e ora anexos a esta impugnação, levam em conta premissas econômicas financeiras na data das aquisições do investimento na ONE PROP, e apenas confirmam estudos internos anteriormente realizados.

(iii) A empresa SAÍRA DIAMANTE não deve ser considerada mera empresa-veículo. Esta foi a real adquirente do investimento na ONE PROP, sendo que havia outras razões para a realização do investimento diretamente por essa empresa, e não pelo Banco BTG. Além do que, caso as aquisições tivessem ocorrido pela empresa apontada pela fiscalização com “real adquirente” – Banco BTG, é certo que do mesmo modo existiriam ágios dedutíveis para fins fiscais, quando ocorrido um dos eventos societários previstos na Lei nº 9.537/97, art.7º. Ou seja, de forma alguma houve pretensão de utilizar empresa-veículo nas operações ora focadas, para criação de qualquer ágio.

(iv) Possibilidade de dedução das despesas de ágio, para fins de apuração da Base de Cálculo da CSLL, visto que à época dos fatos inexistia Lei que vedasse a dedução de tais despesas.

(v) Inaplicabilidade da multa de ofício qualificada (agravada de 75% para 159%), visto que a fiscalização não logrou êxito em comprovar a ocorrência de fraude. Foram lícitas as operações focadas, que resultaram no registro e na amortização do ágio em questão, absolutamente regulares, e devidamente registradas, não havendo por que se pretender a qualificação da multa de ofício, em razão de mera divergência de interpretação da legislação regente, conforme já reconhecido pela jurisprudência do CARF, e

(vi) Impossibilidade, no caso concreto, de aplicação da multa isolada de 50% em razão do não pagamento de estimativas mensais do IRPJ e da CSLL

concomitantemente com a multa de ofício. A imposição de ambas as multas importa em verdadeiro bis in idem ou, ao menos, em afronta ao princípio da consunção, conforme já reconhecido pelo CARF.

(...)

A seguir a ementa da decisão de 1ª instância:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

INCONSTITUCIONALIDADE. EXAME NA VIA ADMINISTRATIVA. DESCABIMENTO.

Descabe o exame de alegação de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ILÍCITO. COMBINAÇÃO DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS PARA ENCOBRIR FATO TRIBUTÁVEL. OPOSIÇÃO AO FISCO. IMPOSSIBILIDADE.

A combinação de eventos individualmente realizados com observância dos requisitos legais não pode ser oposta ao Fisco quando, no seu conjunto, foi pré-ordenado com o objetivo exclusivo de encobrir fato tributável.

ÁGIO COM SUPORTE EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. DEDUÇÃO COMO DESPESA NA AMORTIZAÇÃO DECORRENTE DE INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. REQUISITOS.

A lei exige que o lançamento do ágio baseado na perspectiva de rentabilidade futura seja baseado em demonstração tempestiva, que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração devida. Embora não houvesse à época dos fatos a exigência de demonstração na forma de laudo, já se exigia a produção e arquivamento de documentação idônea, que apresentasse de forma objetiva e tecnicamente precisa a demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária e de sua aquisição, na perspectiva de rentabilidade futura da empresa. Tal demonstração é ônus da adquirente e constitui requisito legal indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio correspondente.

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. EMPRESA-VEÍCULO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese prevista no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, de possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio na apuração do imposto devido, requer que da exigível "confusão patrimonial" participe a real investidora, aquela PJ que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Não se admite a dedução da amortização do ágio se a real investidora transferiu recursos a uma "empresa-veículo", denotando o específico fim de que os aplicasse na aquisição de participação societária em outra empresa; também não se admite a dedução referida se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não

envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou possa ter sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. INTUITO DE FRAUDE. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO.

A imposição da multa de ofício qualificada, de 150%, se fez por decorrência da constatação da conduta fraudulenta do sujeito passivo, e de empresas a ela vinculadas, no intuito de simular uma situação que parecesse ser admitida legalmente para fins de amortização de ágio na aquisição de empresa, com o fim exclusivo de recolher menos tributo do que deveria, se não fosse a simulação produzida.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE PAGAMENTO DE ESTIMATIVAS MENSIS DO IRPJ E DA CSLL. MULTA COM BASE DISTINTA DA MULTA DE OFÍCIO. SEM OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

Por se aplicarem a materialidades distintas, o legislador previu a possibilidade de aplicação concomitante das duas penalidades, multa de ofício e multa isolada, sem que isso signifique dupla punição por mesma conduta. Não cabe evocar nessa hipótese o princípio da consunção.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2015, 2016

DEDUÇÃO INDEVIDA A TÍTULO DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL. PREVISÃO LEGAL.

Na apuração da Base de Cálculo da CSLL se aplicam as normas da legislação regente e vigente para o IRPJ. No caso, a exigência fiscal está fundamentada legalmente.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao auto de infração reflexo a decisão adotada no julgamento do auto de infração matriz, em razão da coincidência de elementos de convicção presentes em ambos os lançamentos (matriz e reflexo).

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão de primeira instância em 16/07/2021 (Termo de Ciência à e-Fl. 2.500), inconformada, a contribuinte apresentou tempestivamente Recurso Voluntário (e-Fls. 2.504 e ss) em 16/08/2021, cujos argumentos serão apreciados a seguir no Voto.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira Andressa Paula Senna Lísias – Redatora *ad hoc*

Como Redatora *ad hoc*, sirvo-me da minuta do voto elaborada pelo relator original, Conselheiro André Severo Chaves, que havia sido inserida no diretório corporativo do CARF:

Ao compulsar os autos, verifico que o presente Recurso Voluntário é tempestivo, e atende aos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto nº 70.235/72. Razão, pela qual, dele conheço.

Preliminarmente – Modificação de Critério Jurídico do Lançamento

Preliminarmente, em sede recursal, a recorrente repisa os argumentos da Impugnação no sentido de que as operações em questão que originaram o ágio amortizado pela Recorrente já haviam sido objeto de análise pelas autoridades administrativas, tendo resultado na lavratura de auto de infração de IRPJ e de CSLL, em razão da glosa das despesas de sua amortização, nos anos-calendário de 2012 a 2014, sob o mero argumento da suposta extemporaneidade dos laudos de fundamentação econômica desse ágio (processo administrativo nº 16561-720.139/2017-12).

Argumenta que, quando da análise desse mesmo ágio, cuja amortização resultou na dedutibilidade de despesas, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos anos-calendário de 2015 e 2016, a fiscalização pretendeu modificar o critério jurídico adotado no lançamento anterior.

Complementa que além da suposta extemporaneidade dos laudos de fundamentação econômica desse ágio, a glosa dessa despesa decorreria, em síntese, também do fato de que a Saíra seria mera empresa veículo, não sendo a real adquirente do investimento, de modo que não teria havido a “confusão patrimonial” entre a real adquirente do investimento e a investida, a justificar a dedutibilidade da despesa de amortização de tal ágio, nos termos do artigo 7º, inciso III, e artigo 8º, ambos da Lei nº 9.532/97. E que, apenas nesse segundo lançamento, a fiscalização realizou a qualificação da multa de ofício.

Discorda do posicionamento da DRJ que os fatos geradores são distintos, ao sustenta que, em que pese as exigências serem de períodos de apuração distintos, o ágio decorre da mesma operação societária.

Requer, ao final, a improcedência do lançamento, em razão da modificação de critério jurídico, com fundamento no art.146, CTN¹.

Pois bem.

Em que pese concordar com a sensação de insegurança jurídica em casos como o ora analisado, em que existe apenas uma operação, mas que gera efeitos fiscais e fatos geradores em períodos de apuração distintos, e pode gerar procedimentos de fiscalização com diferentes conclusões, penso que não seja o caso de modificação de critério jurídico.

Isso porque, não há impedimento legal para que a autoridade fiscal lavre um auto de infração para um ano-calendário sob um determinado argumento e, para o ano-calendário seguinte, adote outro critério.

De fato, o artigo 146 do CTN preconiza a segurança jurídica do ato administrativo do lançamento para um mesmo fato gerador. Ao contrário, referido dispositivo faz a ressalva da possibilidade de modificação de critério “quanto a fato gerador distinto”.

Portanto, referido dispositivo não engessa a atividade tributante quanto à fatos geradores ocorridos em períodos de apuração distintos, razão pela qual nego provimento ao recurso neste ponto.

Exame do Mérito – Amortização do Ágio

Partindo para a análise de mérito do presente processo, extrai-se do Termo de Verificação Fiscal (e-Fls. 2.050 e ss), conforme acima relatado, que a autoridade administrativa não reconheceu o direito de amortização do ágio em razão dos seguinte fundamentos:

- i. Que o ágio foi transferido
- ii. Que a pessoa jurídica incorporada (SAÍRA DIAMANTE) não foi a que realmente adquiriu a participação societária com ágio, mas sim o Banco BTG Pactual;
- iii. Que não ocorreu a “confusão patrimonial” entre a real adquirente (BANCO BTG) e a adquirida (ONE PROPERTIES);
- iv. Que os laudos foram extemporâneos e não seguiram as normas contábeis vigentes.

Passa-se, portanto, a análise de cada um desses fundamentos, que serão enfrentados dentro dos tópicos a seguir.

¹ Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Fundamento Econômico do Ágio Alocado em Rentabilidade Futura e dos Laudos de Avaliação

A base legal do tema em discussão é o art. 385, do RIR/99², que estabelece que o custo de aquisição de investimentos em sociedades controladas ou coligadas deve ser desdobrado em: (i) valor do patrimônio líquido da sociedade adquirida, apurado de acordo com o artigo 387, do RIR/99; e (ii) ágio ou deságio, quando o custo de aquisição fosse superior ou inferior, respectivamente, ao valor apurado nos termos do item (i).

Conjuntamente ao registro do ágio, tem-se a necessidade de demonstração do seu fundamento econômico, nos termos do §2º, do art. 385, baseado *dentre os seguintes fundamentos*: (i) valor de mercado dos bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade (mais valia); (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O §3º, do mesmo dispositivo, estabelece que as justificativas referidas nos itens (i) e (ii) acima precisavam estar baseadas em demonstrações a serem arquivadas pelo contribuinte como comprovante da escrituração.

No que se refere ao ágio com fundamento na perspectiva de rentabilidade futura, como no presente caso, após a incorporação do patrimônio da investidora e da investida, a incorporadora poderia amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão máxima de 1/60 avos para cada mês do período de apuração, nos termos dos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97 (art. 386 do RIR/99).

Inicialmente, no tópico “4.1 Do laudo extemporâneo impróprio”, a autoridade fiscal aduz que a legislação exige que o lançamento de ágio fundamentado em rentabilidade prevista em resultados futuros seja baseado em demonstração arquivada pelo contribuinte como

² Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

comprovante da escrituração. E que, embora na época não houvesse obrigatoriedade na forma específica de laudo, a demonstração de valor da participação societária, baseada em expectativa de rentabilidade futura, é requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio.

Quanto aos laudos apresentados (e-Fls. 1.699 e ss), destaca que “ambos os relatórios foram entregues pela consultoria em 10/10/2012, 323 e 195 dias, respectivamente, após a conclusão dos negócios jurídicos”, o que estaria em desacordo com o §3º do art. 20 do Decreto-lei 1.598/1977.

Quanto a este argumento, a recorrente alega que apenas a partir da publicação da Lei nº 12.973/14, anos após os acontecimentos aqui narrados, é que foi criada a obrigatoriedade de elaboração de um laudo de avaliação propriamente dito, por perito independente, com protocolo na Receita Federal do Brasil ou em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º mês subsequente ao da aquisição da participação.

Pois bem.

Destaca-se inicialmente que a exigência de que o ágio registrado na contabilidade esteja respaldado em demonstração, e que o contribuinte deve arquivar como comprovante de sua escrituração, existe desde a **redação original do artigo 20 Decreto-Lei 1.598/1977**. Veja-se:

Decreto-Lei 1.598/1977

Art. 20 (...)

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

De se notar que referida norma somente exigia “demonstração” para o registro de ágio ou deságio que tenha por fundamento (a) valor de mercado de bens do ativo da sociedade adquirida; e (b) valor de rentabilidade futura da participação adquirida. No caso de ágio fundamentado em “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas” a norma não exigia demonstração.

Depreende-se que a exigência de fundamento para o ágio, originalmente, surgiu para fins de lançamento deste nos registros contábeis da pessoa jurídica adquirente do investimento.

Posteriormente, com a publicação da Lei 9.532/1997, passaram a existir diferenças quanto ao *tratamento tributário* do ágio, a depender de seu fundamento, de maneira que (a) o ágio baseado em valor de mercado de bens do ativo seria registrado em contrapartida do bem ou direito que lhe deu causa, sendo portanto amortizável/depreciável de maneira equivalente a tal bem ou direito; (b) o ágio baseado em rentabilidade futura poderia ser amortizado à razão de 1/60 ao mês após a incorporação, fusão ou cisão; e (iii) o ágio baseado em fundo de comércio,

intangíveis e outras razões econômicas seria registrado e contrapartida de ativo permanente, não sujeita a amortização.

Assim, a partir da Lei 9.532/1997, o fundamento do ágio se tornou relevante para definir se e como ocorreria a sua amortização fiscal, mas a norma que exigia o destaque com base em demonstrativo permanecia sendo o § 3º do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977, na sua redação original acima transcrita.

Observa-se que não faz parte do conteúdo dessa norma a maneira como as partes convencionam o negócio pactuado. Assim, independentemente do critério que as partes efetivamente utilizaram para convencionar o preço a ser pago pela participação societária negociada, o adquirente somente poderá *registrar* (contabilmente) ágio de rentabilidade futura se estiver munido de um demonstrativo que assim suporte tal lançamento em tal fundamento.

Sob esse prisma, verifica-se que a demonstração (ou “laudo”) é um *requisito* importante *para o registro do ágio* e que, uma vez cumprida tal formalidade - ou seja, havendo demonstração que possa respaldar o valor negociado na rentabilidade futura da adquirida - o ágio pode ser registrado como tendo tal fundamento e passará a ser tratado, também para fins fiscais, como tal.

Quando se percebe que a legislação não vincula a elaboração do laudo à *negociação* da participação societária, e sim ao *registro contábil* do ativo adquirido, verifica-se que, para falar em “intempestividade” na elaboração do laudo, é necessário verificar até quando tal registro poderia ocorrer.

É fato que, na época dos fatos em questão, a legislação tributária não trazia prazo específico para tal registro.

Sabe-se que, atualmente, o § 3º do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977, na redação atual dada pela Lei 12.973/2014, exige que o laudo tenha seja elaborado (e apresentado) até o 13º mês subsequente à aquisição da participação societária:

§ 3º 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.

Tal exigência não é por acaso, já que a normas contábeis, muito embora indiquem que os registros contábeis devem ser realizados na data da combinação de negócios, também contemplam o chamado “período de mensuração”, que “não deve exceder de um ano a contar da data da aquisição”, e durante o qual se ajustam valores provisórios.

Contudo, até o advento da Lei 12.973/2014, na ausência de norma expressa que estabeleça um prazo específico, penso que não é possível *anterioridade do laudo* das operações

societárias. Mas, por outro lado, torna-se necessária a averiguação de sua contemporaneidade em relação às transações.

No presente caso, as datas bases dos laudos de avaliação, confirmado pelo TVF, são 22.11.2011 e 29.03.2012, respectivamente, para o primeiro e segundo momentos de aquisição de participação na One Properties pela Saíra. Ou seja, os laudos de avaliação consideraram as premissas econômicas financeiras e dados contábeis disponíveis nas datas de aquisição, sendo, portanto, contemporâneos a essas operações. Apenas a formalização dos laudos ocorreu meses depois (10.10.2012).

Ademais, como observado pela recorrente, dias após à primeira operação de aquisição do investimento e, em data prévia à segunda operação de aquisição, foi elaborado pelo Banco Citibank um relatório detalhado que avaliava a perspectiva de rentabilidade futura da One Properties (e-Fls. 480 a 523), sendo certo que tal relatório apresenta avaliação muito próxima daquela constante dos laudos em questão. Os laudos de avaliação chegam em um valor econômico total da OneP que varia aproximadamente entre R\$ 3,2 milhões a R\$ 3,8 milhões. Os estudos internos, na mesma linha, a depender dos critérios econômicos utilizados, variam entre R\$ 2,8 milhões a R\$ 4,1 milhões.

Portanto, considerando todos os termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, vigente ao tempo da transação, e a situação prática aqui analisada, penso que o argumento utilizado pela fiscalização quando a tempestividade do laudo não merece guarida.

Nesse sentido, já decidiu a 1ª Turma da CSRF:

Numero do processo:16327.720804/2016-51

Turma:1ª TURMA/CÂMARA SUPERIOR REC. FISCAIS

Data da sessão: 08 de fevereiro de 2022

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2013

ÁGIO. LAUDO OU DOCUMENTAÇÃO DE DEMONSTRAÇÃO DOS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS. AVALIAÇÃO DO INVESTIMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. REGISTRO CONTÁBIL. ANTERIORIDADE E SINCRONIA NÃO EXIGIDAS. NECESSIDADE APENAS DE CONTEMPORANEIDADE EM RELAÇÃO À OPERAÇÃO SOCIETÁRIA.

Antes do advento da MP nº 627/13, convertida na Lei nº 12.973/14, não existia dispositivo legal, próprio e expresso, quanto à temporalidade e à cronologia da produção e arquivamento de documento em que se demonstra o fundamento econômico do ágio registrado na contabilidade das empresas. Porém, a redação original do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 já estabelecia que, na ocasião da aquisição da participação, deveria se desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido, na época da operação, e o ágio ou o deságio percebido na transação. A isso soma-se a determinação do §3º do mesmo dispositivo, que

impõe que o fundamento econômico do ágio deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração, não restando dúvidas da exigência de contemporaneidade de tal demonstração com a manobra de aquisição e seu correspondente gasto. A figura da contemporaneidade (condição temporal daquilo ocorrido no mesmo período) não guarda sinonímia ou se confunde com a da sincronia (condição temporal daquilo ocorrido no exato mesmo instante) e, muito menos, com aquela da anterioridade (condição temporal daquilo ocorrido em momento pretérito). Tendo sido o Laudo de avaliação do investimento, que atesta a expectativa de rentabilidade futura, concluído entre a data da assinatura do contrato (signing) e o efetivo pagamento pela participação societária adquirida (closing), não pode tal documento ser rotulado de intempestivo pela Fiscalização, sendo manifestamente contemporâneo em relação à operação. De qualquer forma, independentemente de se considerar o negócio realizado no momento da assinatura do pacto ou da efetivação do pagamento, uma vez que o Laudo foi elaborado no último dia do mês subsequente àquele da subscrição do Instrumento de aquisição pelas partes (signing), está certa e evidente a sua contemporaneidade, dentro da praxe dos lançamentos e registros contábeis e fiscais das transações.

Numero da decisão:9101-005.974

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, acordam em: (i) por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, deu-se provimento ao recurso referente à amortização de ágio “GVCRED” com retorno ao colegiado a quo, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Andréa Duek Simantob que votaram por negar-lhe provimento nessa matéria; e (ii) por maioria de votos, negar provimento em relação à amortização de ágio das operações “PAULICRED” e “CREDFIBRA”, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano e Luis Henrique Marotti Toselli que votaram por dar-lhe provimento também nesses pontos. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as conselheiras Edeli Pereira Bessa e Livia De Carli Germano. (documento assinado digitalmente) Andréa Duek Simantob – Presidente em exercício. (documento assinado digitalmente) Caio Cesar Nader Quintella - Relator. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício).

Nome do relator: CAIO CESAR NADER QUINTELLA

Prosseguindo a acusação fiscal, a autoridade administrativa questiona, ainda, a materialidade dos laudos de avaliação apresentados pela contribuinte, ao fundamentar que os

laudos econômico-financeiro entregues fizeram uso do método do Fluxo de Caixa Descontado para avaliar o valor da empresa adquirida (*valuation*). Complementa que não servem para respaldar o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*), uma vez que o ágio por expectativa de rentabilidade futura é o valor residual apurado após valorados a mercado os ativos e passivos identificáveis, levantamento este que não foi informado nos laudos e relatórios apresentados.

Quanto a esta alegação, a recorrente alega que não havia, na legislação tributária, qualquer ordem ou hierarquia, de um fundamento econômico do ágio sobre outro. A alocação do ágio devia, obrigatoriamente, ser a mais adequada, conforme avaliação do negócio, feita pelo adquirente, considerando as circunstâncias fáticas que levaram à aquisição e ser subsidiada por “demonstração”.

Argumenta que apesar da autoridade fiscal reconhecer que a legislação tributária não apresentava qualquer hierarquia entre os fundamentos econômicos do ágio, exclusivamente citando manifestações da doutrina contábil sobre o tratamento contábil do ágio (fls. 2.054-2.060), pretendeu sustentar que ao ágio pago por rentabilidade futura da adquirida deveria ser atribuído um valor residual.

Ao examinar o TVF, verifica-se que em nenhum momento a fiscalização trouxe qualquer evidência aos autos de que o fundamento econômico do ágio seria outro.

Na legislação vigente à época dos fatos, mais especificamente do artigo 20, do Decreto- Lei nº 1.598/1977, com redação anterior à Lei nº 12.973/2014 e artigo 385, do RIR/99, não havia qualquer ordem ou hierarquia de um fundamento econômico do ágio sobre outro. A alocação do ágio devia, obrigatoriamente, ser a mais adequada, conforme a avaliação do negócio, considerando as circunstâncias fáticas que levaram à aquisição não sendo possível, aplicar ao ágio registrado para fins fiscais normas contábeis com conteúdo distinto daquelas contidas nos mencionados dispositivos legais.

No presente caso, o pagamento do ágio pela Saíra para a aquisição do investimento na One Properties teve como fundamento a expectativa de rentabilidade futura desta empresa, tal como evidenciado pelos laudos constantes às fls. 1.699 a 1.780 e pelo relatório elaborado pelo CitiBank de fls. 481 a 523, sendo certo que a fiscalização não trouxe qualquer evidência aos autos de que o fundamento econômico do ágio seria outro.

É certo que compete à fiscalização tributária comprovar que o fundamento para o pagamento do referido ágio é outro que não a expectativa de rentabilidade futura. No entanto, não cabe à Fiscalização presumir que o fundamento para o pagamento do ágio não é a expectativa de rentabilidade futura, mediante questionamentos acerca da qualidade do Laudo de Avaliação, consubstanciados em dúvidas relativas à competência técnica do autor do Laudo de Avaliação, e em relação aos critérios utilizados e à metodologia adotada pelo avaliador.

Portanto, a mera alegação da fiscalização de que o ágio não poderia ter sido integralmente alocado à expectativa de rentabilidade futura da investida, sem efetivamente

comprovar que o fundamento do ágio seria outro, não é suficiente para suportar a inconsistência da fundamentação econômica do ágio, razão pela qual também rejeito o argumento da fiscalização de ausência de materialidade do laudo, e reconheço a regularidade da fundamentação econômica do ágio.

Transferência do Ágio. Real Adquirente. Empresa Veículo.

Conforme detidamente demonstrado no relatório, a autoridade fiscal entendeu que a real adquirente do investimento na ONE PROP foi o Banco BTG PACTUAL (Banco BTG) e que a empresa SAÍRA DIAMENTE (SAÍRA) teria sido utilizada como mera “empresa-veículo” para tal investimento e, por consequência, também para a posterior transferência do ágio para fins fiscais (de obter menor tributação). Nesse viés, não teria ocorrido a necessária “confusão patrimonial” entre a empresa adquirida (incorporada, a ONE PROP) e a real adquirente (incorporadora, Banco BTG).

A seguir, a síntese da DRJ acerca dos elementos apontados pela fiscalização, que subsidiam as conclusões acima:

- (i) O documento “MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS” celebrado em 14/09/2011 entre BR PROP, BANCO BTG PACTUAL e ONE PROP (na época WTORRE PROP) previu a incorporação de ações da ONE PROP pela BR PROP, sendo que apresentou ao mercado como FATO RELEVANTE a previsão de incorporação reversa de ações somente após a conclusão da associação antes referida (pela aquisição de participação na ONE PROP pelo BTG PACTUAL), que fora acertada em 10/06/2011;
- (ii) O citado “MEMORANDO” cuidou também de explicar o resultado pretendido ao final das operações societárias, a saber: a entrada do Banco BTG na sociedade, via aquisição parcial (controle) das ações da ONE PROP e incorporação da ONE PROP pela BR PROP;
- (iii) Paralelamente, na SAÍRA, mediante AGE em 24/10/2011 aprovou-se a eleição de diretores que também pertenciam ao alto escalão da administração do Banco BTG, dando início ao processo de utilização da SAÍRA, como veículo, para utilização no planejamento tributário acima delineado, conquanto claramente abusivo, por parte do Banco BTG;
- (iv) Em AGE posterior, em 22/11/2011, a SAÍRA aprovou o primeiro aumento de capital após ser adquirida pelo Banco BTG, ocorrida um ano antes, mediante conferência de bens e de moeda corrente. Assim, o capital social da SAÍRA passou

de pouco mais de 17 MILHÕES DE REAIS para R\$ 1.478.223.609,65 (quase 1, 5 BILHÕES de reais);

(v) Nesse mesmo dia, de 22/11/2011, foi concluída a primeira parte da negociação entre o Banco BTG e a WTORRE S/A (conforme a Ata da AGE realizada na ONE PROP, na época WTORRE PROP), e aí houve os primeiros aumentos de capital da Cia (ONE PROP). O segundo aumento de capital foi no valor de R\$ 627.451.534,30, mediante emissão de 75.396.333 novas ações integralmente subscritas e integralizadas com aporte de ativos imobiliários pela SAÍRA DIAMANTE (observe-se, os mesmos ativos que o Banco BTG acabara de transferir para a SAÍRA, neste mesmo dia)

(vi) Acentue-se, houve aumento de capital na SAÍRA na mesma data da incorporação de ações com ágio na ONE PROP. A SAÍRA, utilizada pelo Banco BTG da maneira descrita no tópico anterior, como veículo para o investimento, passou naquele momento a deter 49,99% do capital total da ONE PROP (vide excerto da Ata da AGE de 22/11/2011, in verbis, às fls.2.069/2.070, a partir do 2º parágrafo das fls.2.069);

(vii) Ainda nessa mesma AGE (de 22/11/2011) foram emitidos bônus de subscrição em benefício da SAÍRA DIAMANTE, que lhe deram o direito de receber 132.638.307 ações adicionais da ONE PROP. Nessa AGE, foi também aprovada a alteração da denominação social da WTORRE PROPERTIES S.A, que passou a ser ONE PROPERTIES S.A (ONE PROP);

(viii) Em síntese, após a nova aquisição de ações da ONE PROP com ágio, seguiu-se a incorporação reversa da SAÍRA e a incorporação da ONE PROP pela ora impugnante, no mesmo dia;

Ao apreciar as razões da Impugnação, assim concluiu a autoridade julgadora:

Em síntese, desde a compra de suas ações pelo BANCO BTG em 19/11/2010, observa-se que a atividade mais relevante da SAIRA-DIAMANTE foi a incorporação de ações da ONE PROPERTIES. A SAÍRA foi apenas uma empresa-veículo para que fossem realizados os investimentos na ONE PROPERTIES, pelo Banco BTG. A SAIRA recebeu aportes de capital do BANCO BTG a partir de 22/11/2011, destinados única e exclusivamente a que fizesse os investimentos na ONE PROPERTIES.

(...)

Praticamente todos os recursos necessários para a aquisição da participação acionária na ONE PROPERTIES foram oriundos de aportes efetuados pelo BANCO BTG PACTUAL visto que, operacionalmente, SAÍRA possuía poucos recursos (alguns imóveis/terrenos), insuficientes para realizar tais operações. A utilização da via indireta (aporte de recursos financeiros em empresa-veículo) teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária para se efetuar a amortização do ágio que originalmente seria registrado na empresa que

efetivamente realizou o investimento (BANCO BTG PACTUAL), buscando-se assim a vantagem indevida, de pagar menos tributos que os devidos.

A hipótese prevista no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, de possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio na apuração do imposto devido, requer que da "confusão patrimonial" participe a pessoa jurídica real investidora (Banco BTG, no caso), aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não se admite a dedução da amortização do ágio se a real investidora transferiu recursos a uma "empresa-veículo" (a SAÍRA) com o específico fim de que os aplicasse na aquisição de participação societária em outra empresa (a ONE PROP); também não se admite a dedução referida se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou viesse eventualmente a ser celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço, o que não ocorreu propriamente (no caso, foi celebrada entre SAÍRA – empresa-veículo a serviço do Banco BTG, e ONE PROP).

Em sede recursal, a recorrente apresenta os seguintes argumentos:

- i. Que houve um efetivo propósito negocial para que a Saíra Diamante adquirisse o investimento na OneP e não o Banco BTG Pactual;
- ii. Que, em 10.06.2011, foi celebrado entre o Banco BTG Pactual e a WTorre o "Contrato de Associação". A Recorrente, por sua vez, somente decidiu associar-se às referidas empresas 3 meses após a celebração do referido acordo, conforme memorando de entendimentos firmado em 14.09.2011, sendo que o seu objetivo era adquirir a OneP, por meio da incorporação de tal pessoa jurídica, quando esta sociedade já detivesse os ativos decorrentes da operação realizada entre Banco BTG Pactual e WTorre ;
- iii. Que a Saíra Diamante era uma empresa constituída em 2007, e que desenvolvia atividade imobiliária, constando em seu ativo, a partir de 2009, alguns bens imóveis - matrículas nºs 21.063, 21.064, 55.442, 55.455 e 56.312, localizados na cidade do Rio de Janeiro, cujo valor contábil era no montante de aproximadamente R\$ 5 milhões, tendo como acionista a MDL Realty Incorporadora S.A.;
- iv. Que o Banco BTG Pactual, no ano-calendário de 2010, teve interesse em formar uma *joint venture* com a MDL Realty Incorporadora S.A. para construção e incorporação de unidades imobiliárias autônomas nos imóveis que já integravam o patrimônio da Saíra;
- v. Que, posteriormente, o Banco BTG Pactual decidiu realizar negócios imobiliários com o Grupo WTorre (ao qual pertencia a OneP), e verificou-se que os negócios imobiliários a serem realizados entre elas estariam

relacionados a imóveis que estavam no patrimônio da Saíra Diamante, cuja participação majoritária já era detida pelo Banco BTG Pactual, bem como a outros bens imóveis e direitos integrantes do patrimônio do referido Banco e integrantes do patrimônio da OneP ;

- vi. Que em 07.04.2011, o Banco BTG Pactual, para dar sequência às tratativas mantidas com a WTorre, adquiriu todas as ações de emissão da Saíra Diamante, que eram de titularidade da MDL Realty Incorporadora S.A., passando a deter a integralidade do capital social de tal Sociedade;
- vii. Que a empresa Saíra Diamante não possuía apenas os bens que lhe foram aportados pelo Banco BTG, como pretendeu dizer a fiscalização e como faz parecer a decisão recorrida;
- viii. Que a Saíra Diamante já detinha em seu patrimônio imóveis que seriam objeto da negociação com o Grupo WTorre, o Banco BTG Pactual decidiu centralizar nessa empresa todos os bens e direitos que seriam objeto da operação, de modo que lhe fosse garantida a participação no negócio acordada com o Grupo WTorre;
- ix. Que, na cláusula 2.1 do contrato de associação celebrado entre a WTorre S.A. e o Banco BTG Pactual S.A., datado de 10.06.2011 (fls. 2.318 a 2.417), há a expressa indicação de que o investimento na OneP poderia ser realizado direta ou indiretamente pelo banco, por meio de uma de suas controladas, como, inclusive, é bastante comum e foi reconhecido pela própria fiscalização no TVF;
- x. Que, posteriormente, quando os acionistas da Recorrente decidiram associar-se à WTorre e ao Banco BTG Pactual quanto aos negócios imobiliários que seriam realizados pela OneP, chegou-se à conclusão de que tais negócios poderiam ser realizados diretamente pela Recorrente, que incorporaria a OneP;
- xi. E, nesse contexto, verificou-se o segundo aumento de capital, com ágio, pela Saíra Diamante na OneP, que resultou na transferência de todos os imóveis e bens que deveriam compor o patrimônio da OneP, conforme acordo de associação com a WTorre;
- xii. Que a partir de tal fato e do consequente ingresso da Recorrente no investimento imobiliário que se idealizou, pelo que se pode constatar, o Banco BTG Pactual concluiu que poderia passar a deter participação direta na OneP, o que levou à incorporação reversa da Saíra Diamante por aquela empresa. E, na mesma data, a incorporação da OneP pela Recorrente, alinhada justamente com o seu interesse de se associar aos negócios imobiliários inicialmente idealizados pelo Banco BTG Pactual e WTorre, que demandavam o encerramento de etapas preliminares antes do seu ingresso;
- xiii. Que é possível se observar na Ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada pela OneP do dia 29.03.2012 (fls. 1.965-1.968), que deliberou sobre o aumento de capital social e a emissão de novas ações pela Companhia, em decorrência do exercício do Bônus de Subscrição, emitido

em 22.11.2011, investimento este realizado pela Saíra Diamante, com ativos de sua propriedade;

- xiv. Que foi a Saíra Diamante que efetivamente adquiriu ações da OneP, realizou o pagamento pelo investimento e o registrou em sua contabilidade;

Pois bem.

Com relação ao fundamento da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

Sabe-se que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pela decisão recorrida, o meu entendimento é o de que a utilização da empresa chamada "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

Da operação realizada, nota-se que, diversamente do afirmado pela autoridade fiscal e confirmado pela decisão recorrida, a Saíra Diamante não foi um mero veículo de investimento do Banco BTG Pactual, mas sim a empresa que centralizou os ativos por ele detidos para fins de participação na OneP, sendo crível que as operações não foram estruturadas exclusivamente para fins fiscais, mas propósitos negociais.

Ademais, ainda que se entenda tratar de empresa veículo, na linha do que decidiu recentemente o STJ, no REsp. nº 2.026.473–SC, por meio do voto condutor do Ministro Gurgel de Faria, *“não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...)”*.

Nesse sentido já decidiu, por maioria de votos, a 1ª Turma da CSRF, à vista do acórdão a seguir:

Numero do processo: 16682.720184/2014-40

Data da sessão: 09 de agosto de 2022

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2009

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE.

Para fins de registro e amortização fiscal do ágio, a princípio, deve-se considerar como real adquirente a pessoa jurídica que figura como compradora no negócio de compra e venda e recebe a participação societária em troca do pagamento do preço, mesmo que os recursos utilizados em tal aquisição tenham sido viabilizados por outra pessoa do grupo. Se o Fisco não questiona a efetividade da operação ou da participação da pessoa jurídica dita “veículo”, não há base para que se trate o negócio, para fins tributários, diferente de como ele efetivamente foi praticado.

Numero da decisão: 9101-006.241

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que votou pelo não conhecimento. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencida a conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por dar-lhe provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca. (documento assinado digitalmente) Carlos Henrique de Oliveira - Presidente (documento assinado digitalmente) Livia De Carli Germano - Relatora Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Nome do relator: LIVIA DE CARLI GERMANO

No presente caso, a possibilidade legal de aproveitamento decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação

Ao analisar o art. 386, do RIR/99, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, a pessoa jurídica que detinha o investimento era, indubitavelmente, a empresa Saíra Diamante que foi a responsável pela aquisição da participação societária, ainda que os parte dos recursos possam ter vindo do BTG PACTUAL.

Não há dúvidas de que foi a Saíra Diamante que efetivamente adquiriu ações da OneP, realizou o pagamento pelo investimento e o registrou em sua contabilidade, nos exatos termos da legislação vigente.

Portanto, a detentora indireta do investimento, no caso, é, sem dúvida, a empresa Saíra, mas ao contrário do que sustenta a fiscalização e acórdão recorrido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que **detém** a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

Entendo, ainda, que a acusação de “empresa veículo” ora analisada é substancialmente diferente daquelas que pretendem discutir a legitimidade da amortização de ágio gerado em operação societária que envolva a participação de “empresa veículo” em que a própria existência e/ou participação desta pessoa jurídica na operação é duvidosa, a chamada empresa de “casca”. Como já dito, a empresa adquirente era operacional e possuía patrimônio próprio.

Por todas as razões expostas, entendo que a acusação fiscal não deve subsistir, razão pela qual voto por dar provimento ao recurso voluntário.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido, conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, dar-lhe provimento para reverter as glosas de amortização de ágio, e cancelar integralmente a exigência fiscal.

É como voto.

Subsidiariamente – Amortização do Ágio em Relação à CSLL

Extraí-se do recurso voluntário que a argumenta que não há que se falar na adição da despesa de ágio na base de cálculo da CSLL, por ausência de previsão legal. Argumenta que o legislador não arrolou, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

Trata-se de matéria de direito bastante conhecida no âmbito do CARF, cujas decisões são bastante divididas.

Nesta matéria, alinho-me ao posicionamento do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto que, de forma brilhante e bem fundamentada, concluiu não haver base legal para a indedutibilidade de despesas com amortização contábil de ágio na base de cálculo da CSLL.

Portanto, adoto as suas razões de decidir que constam na Declaração de Voto do Acórdão nº 9101-006.164, da 1ª Turma da CSRF:

A Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) foi instituída pela Lei n. 7.689/88, havendo previsão expressa na referida lei de que o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, sofrerá alguns ajustes para se chegar à base de cálculo da CSLL.

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

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

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

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

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

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

Como se observa, não há qualquer menção nos referidos ajustes às despesas de amortização de ágio.

Muitas vezes o artigo 57 da Lei 8.981/95 é utilizado como fundamento para que uma determinada disposição de indedutibilidade na base de cálculo do IRPJ

também seja aplicável para a CSLL. Nessa linha, é importante analisar o referido dispositivo:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

Todavia, a partir da leitura do referido artigo só é possível inferir que as normas de apuração e de pagamento devem ser as mesmas.

Em outras palavras, se o contribuinte está no Lucro Presumido para fins de IRPJ, também estará no Lucro Presumido para fins de CSLL. Por sua vez, se o contribuinte está no Lucro Real para fins de IRPJ, também apurará pela mesma metodologia para fins de CSLL.

Não há nenhuma identidade de bases de cálculo por conta do referido dispositivo tanto que há o seguinte excerto: “mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor”, o que denota que as bases de cálculo não estão sendo reguladas pelo mencionado artigo.

O disposto no artigo 57 da Lei 8.981/95 também foi repetido em atos infralegais, ainda que com pequenas distinções, conforme abaixo:

Instrução Normativa SRF n. 93/97

Art. 49. Aplicam-se à contribuição social sobre o lucro líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, observadas as alterações previstas na Lei No 9.430, de 1996.

Instrução Normativa SRF n. 390/04

Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Instrução Normativa RFB n. 1700/17

Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Com exceção da Instrução Normativa n. 93/97, as demais instruções normativas estabelecem expressamente que ainda que haja igualdade nas

normas de apuração e pagamento do IRPJ e da CSLL, são mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Hiromi Higuchi assinala que a falta da expressão “mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL” na redação da Instrução Normativa SRF 93/97 fez com que vários autos de infração fossem indevidamente lavrados, conforme segue:

Aquela omissão levou o fisco a lavrar, indevidamente, inúmeros autos de infração, ao considerar como indedutíveis na determinação da base de cálculo da CSLL os custos e as despesas indedutíveis, exclusivamente na apuração do lucro real.

O 1º Conselho de Contribuintes vem decidindo que somente a lei pode fixar a base de cálculo de tributo, não se admitindo que valores indedutíveis para efeito do IRPJ sejam adicionados às bases de cálculo de outros tributos sem expressa determinação legal (ac. nº 101-92.553/99 no DOU 26-05-99, 101-94.286/2003 no DOU de 22-09-03 e 107-07.315/2003 no DOU de 10-03-03) (HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas. 37ª ed. São Paulo: IR Publicações, 2012. p. 818).

Felizmente, tal ponto foi corrigido nas instruções normativas anteriores que foram mais fieis ao texto do artigo 57 da Lei 8.981/95, sem que com isso tenham acabado as autuações fiscais relativas ao tema.

Um outro dispositivo legal comumente utilizado como fundamento para que as despesas não necessárias venham a ser considerada como indedutíveis na base de cálculo da CSLL é o artigo 13 da Lei n. 9.249/95, cujo teor é o seguinte:

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

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável; (Vide Lei 9.430, de 1996)

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

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens

móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

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

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

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

VII - das despesas com brindes.

VIII - de despesas de depreciação, amortização e exaustão geradas por bem objeto de arrendamento mercantil pela arrendatária, na hipótese em que esta reconheça contabilmente o encargo.

É interessante notar que o referido artigo se refere às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL visto que expressamente assinala que: “para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções”.

Aqui sim temos um dispositivo que não é exclusivo do IRPJ e se aplica também à CSLL.

Cumpre notar que não há indedutibilidade das despesas de amortização de ágio ao longo dos incisos do artigo 13 da Lei n. 9.249/95, de forma que a base legal para a indedutibilidade de tais despesas para fins de IRPJ continua sendo o artigo 47 da Lei n. 4.506/64.

Há quem interprete que o caput do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 implica a aplicação das indedutibilidade previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64, uma vez que o artigo 13 da Lei n. 9.249/95 menciona que “são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964”.

Não me parece que essa menção de que as indedutibilidade previstas no artigo 13 da Lei n. 9.249/95 sejam independentes daquelas previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64 tenha o intuito e muito menos a consequência de tornar indedutíveis para a CSLL as despesas não necessárias.

Assim, me parece forçoso interpretar que essa menção que as indedutibilidade são independentes tenha o condão de igualar a indedutibilidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no que tange às despesas não necessárias.

Ao se debruçar sobre o tema, Edmar Andrade Oliveira Filho assevera que não é possível fazer uma interpretação extensiva do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 para igualar as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL e tampouco tirar tais conclusões do já citado artigo 57 da Lei n. 8.981/95, conforme segue:

O fato é que o art. 13 da Lei nº 9.249/95 não chegou ao extremo de dizer que toda e qualquer parcela que a lei considera dedutível na determinação do lucro real também o será para fins de CSLL. (...)

E nem se diga que a extensão está autorizada pelo art. 57 da Lei nº 8.981/95, segundo o qual “aplica-se à contribuição social sobre o lucro as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, mantida a base de cálculo e alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta lei”. Este preceito normativo tem duas finalidades. Em primeiro lugar, prescreve as mesmas normas sob a apuração e pagamento e, em segundo lugar, exclui da equiparação a determinação da base de cálculo; desse modo, essa regra exclui a equiparação suscitada. (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das Empresas. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 649)

Dessa forma, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL podem ter uma série de diferenças a depender da vontade do legislador. Nos casos de indedutibilidade previstas para o IRPJ em leis anteriores à própria instituição da CSLL, é fundamental que o legislador tributário faça a análise do que ele considerará indedutível para fins de cálculo da CSLL e deixe isso de forma explícita na lei. Foi exatamente essa análise feita quando da elaboração de Lei n. 7.689/88, que trouxe uma série de ajustes expressos ao lucro contábil para fins de apuração da CSLL.

Nas leis posteriores à instituição da CSLL, quando o legislador tributário desejava que uma determinada despesa fosse indedutível tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, ele deve deixar isso transcrito na lei de modo explícito, sob pena de a indedutibilidade ser aplicável tão somente ao tributo que ela especifica.

É importante ressaltar que a própria Receita Federal do Brasil manifesta o entendimento de que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL são distintas. Nesse sentido, é possível observar os Anexos I (adições) e II (exclusões) da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, onde há inclusive colunas especificando se um determinado ajuste é aplicável somente ao IRPJ ou a ambos (IRPJ e CSLL).

A título de ilustração, trago aqui inclusive trecho no Anexo I da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, para fins de demonstrar que não há identidade de bases e isso é admitido pela própria Administração Tributária, conforme abaixo:

ANEXO I
TABELA DE ADIÇÕES AO LUCRO LÍQUIDO
(Anexo I da Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 14 de março de 2017.)

Nº	Assunto	Descrição do Ajuste	Aplica-se ao IRPJ?	Aplica-se à CSLL?	Dispositivo na IN	Controle na Parte B? (*)	Adição ou Exclusão Relacional B? (*)
A.001	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014	O saldo devedor existente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014, na conta de ajustes de avaliação patrimonial a que se refere o § 3º do art. 182 da Lei nº 5.404, de 1976, a ser adicionado no período de apuração em que for reclassificado para o resultado como despesa.	Sim	Sim	Art. 291 e art. 309-A, §§ 1º e 2º	Sim (C)	-
A.002	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014	O valor calculado pela divisão da diferença negativa a que se refere o inciso IV do caput do art. 69 da Lei nº 12.973, de 2014, pelo prazo restante, em meses, de vigência do contrato, multiplicado pelo número de meses do período de apuração, no caso de contrato de concessão de serviços públicos vigente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei.	Sim	Sim	Arts. 291 e 305, inciso IV	Sim (C)	-
A.003	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao ativo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, art. 307, § 2º	Não	-
A.004	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da depreciação do ativo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta controlada por subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, art. 295 e art. 307, § 1º	Não	-
A.005	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao passivo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único e art. 307, § 2º	Não	-
A.006	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da baixa ou liquidação do passivo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único, art. 296 e art. 307, § 1º	Não	-

Nota-se que há uma coluna denominada “aplica-se ao IRPJ?”, assim como uma coluna “aplica-se à CSLL?”.

O fato de constar em uma Instrução Normativa como ajuste no IRPJ ou tanto no IRPJ quanto na CSLL não é garantia de que tal posicionamento esteja correto, é apenas um indicativo do posicionamento da Administração Tributária.

A título exemplificativo, consta na Instrução Normativa SRF 390/04 (que trata exclusivamente de CSLL) que o ágio fundamentado em rentabilidade futura deve ser amortizado à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, nos balanços levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão:

Instrução Normativa SRF 390/04

Art. 75. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

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

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

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

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

II - o inciso II do caput:

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

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

Embora não haja indicação de qual o fundamento legal que embasa o artigo da referida instrução normativa, o fato é que tal comando normativo somente existe na Lei n. 9.532/97, em seu artigo 7º, conforme segue:

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

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

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

Como se observa, o dispositivo legal se refere tão somente à apuração do lucro real, nada trazendo sobre a base de cálculo da CSLL.

Isso faz com que possa ser dito até que antes da vigência da Lei n. 12.973/14, que trouxe especificamente tratamento tributário para o IRPJ e para a CSLL, continuava vigente para a CSLL o regime original de dedutibilidade que vigia para o IRPJ antes da Lei n. 9.532/97, isto é, o ágio podia ser integralmente deduzido quando da união patrimonial da investidora e da investida, uma vez que haveria necessidade de baixa daquele ágio diante da inexistência do investimento dali para frente, sendo a despesa relativa a tal baixa dedutível.

Cumpre notar que diferentemente do que é comumente apregoado, a Lei n. 9.532/97 não instituiu um benefício fiscal por meio da dedutibilidade da amortização contábil do ágio por expectativa por rentabilidade futura, mas tão somente limitou que a dedutibilidade que antes era integral por conta da baixa

total do ágio fosse diferida em prazo não superior a 5 anos, ou seja, à razão de no máximo 1/60.

Em conclusão, não me parece haver base legal para a indedutibilidade de despesas com amortização contábil de ágio na base de cálculo da CSLL. Os dispositivos legais normalmente citados como fundamento para tal indedutibilidade apenas informam que os regimes de apuração devem ser o mesmo, mas também preveem que devem ser mantidas as bases de cálculo previstas na legislação específica de cada um dos tributos.

(...)

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso neste ponto.

Subsidiariamente – Da Multa Qualificada

Extrai-se do Termo de Verificação Fiscal, que a Autoridade Fiscal aplicou a multa de ofício no percentual de 150%, prevista no artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/96, por entender que teria ocorrido fraude no presente caso, nos termos do artigo 72 da Lei nº 4.502/64.

O acórdão recorrido manteve a qualificação da multa, sob o argumento de que a recorrente praticou intencionalmente a conduta fraudulenta, sendo assim desde o início a ação já estava marcada pelo dolo, que rende ensejo à aplicação da multa qualificada.

Penso que não seja o caso.

Em que pese entender pela legitimidade da amortização do ágio, caso vencido, penso que não seja o caso de qualificação da multa de ofício.

Como se sabe, as infrações fiscais verificadas por meio de auto de infração já são penalizadas com o acréscimo de 75% do valor devido (no lugar da multa de mora de 20%), sendo a sua duplicação (a qualificação) situação excepcional autorizada apenas se apontadas e provadas as situações específicas previstas na legislação.

No contexto dos planejamentos tributários, a intenção de pagar menos tributos pode motivar determinados negócios jurídicos, mas isso não leva necessariamente à conclusão de que há dolo que possa dar ensejo à qualificação da multa de ofício em todo ato que vise à economia de tributos.

Nesse aspecto, quando se diz que a aplicação da multa qualificada depende da caracterização do dolo, deve-se considerar não apenas intenção de economizar tributos, mas a noção de que se está adotando meios ilícitos para obter tal resultado. O dolo é revelado, portanto, não na intenção de economizar tributos, mas na intenção de praticar ilícitos quanto aos meios empregados para a pretendida economia fiscal.

No caso analisado, verifica-se que as operações societárias foram realizadas às claras, com base na interpretação da legislação tributária e, ainda, com precedentes favoráveis à época.

Desse modo, não se verifica o dolo do sujeito passivo, eis que a situação dos autos se limitou a uma divergência na qualificação dos atos para fins tributários, qual seja: enquanto o sujeito passivo compreendeu que a operação, tal como realizada, poderia lhe gerar ágio amortizável para fins tributários, a autoridade autuante entendeu de forma oposta, o que levou à requalificação dos atos para fins fiscais.

A efetivação de reorganizações societárias que as autoridades fiscais interpretem como não hábeis a gerar os efeitos fiscais pretendidos pelo sujeito passivo é causa para a requalificação dos atos para fins tributários, mas a qualificação da multa depende da identificação da prática de atos indicados na legislação como ilícitos.

Portanto, para que se possa falar em dolo, para além da intenção (elemento subjetivo), é necessário que o que se pretende seja ilícito (elemento objetivo), ou seja, é preciso que tal intenção seja direcionada à prática de ato ou omissão contrária ao direito.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício. Contudo, rejeito os argumentos da recorrente no que se refere à alegação de natureza confiscatória da multa de ofício, por aplicação da Súmula CARF nº 2.

Subsidiariamente - Cobrança Cumulativa da Multa Isolada com a Multa de Ofício

No tópico *“Impossibilidade da Concomitância de Multa Isolada e de Multa de Ofício”*, aduz a recorrente que é inviável a aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada, em respeito ao princípio da consunção, trazendo em seguida jurisprudência desse conselho, e citações doutrinárias.

Trata-se de matéria bastante conhecida e controversa neste tribunal administrativo nos fatos geradores ocorridos após 2007, e que geralmente possui resultado dividido tanto nas câmaras baixas, como na câmara superior de recursos fiscais.

Quanto ao tema, inicialmente entendo que o racional da Súmula CARF nº 105³ permanece aplicável mesmo após a alteração legislativa promovida pela Lei 11.488/2007, eis que esta modificou apenas o texto normativo, em nada alterando quanto à norma jurídica subjacente. Assim, independentemente da evolução legislativa que revogou os incisos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e alterou a posição do dispositivo que prevê a aplicação da multa isolada, a circunstância de penalizar duplamente contribuinte permaneceu incólume, razão pela qual súmula deveria ser aplicada ao caso.

³ Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 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.

Outrossim, superando-se a questão acerca da aplicabilidade da súmula, tenho firmado posicionamento no sentido de que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Isso porque sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Como se sabe, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda. Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação.

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta. E isso não porque se trata da mesma penalidade, mas porque quando uma conduta passível de punição faz parte da etapa preparatória para outra conduta também punível, deve-se punir apenas o ilícito-fim, haja vista que uma conduta absorve a outra. Aplicável, portanto, ao caso, o princípio da consunção.

Frisa-se que a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, afinal cada conduta refere-se ao descumprimento de deveres distintos. Assim, não há qualquer ilegalidade na cobrança isolada da multa por falta de recolhimento das estimativas. A problemática surge quando da cobrança simultânea das multas (uma à razão de 50% sobre a estimativa não recolhida, e a outra à razão de 75% do valor do ajuste anual devido), haja vista que, conforme já dito, uma conduta é preparatória da outra.

Por estas razões, quanto a este tópico, voto por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar as multas isoladas da presente exigência, quando cumuladas com a multa de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Andressa Paula Senna Lísias (Redatora *ad hoc*)

VOTO VENCEDOR

Claudio de Andrade Camerano - Redator Designado.

O presente voto vencedor trata apenas da questão da glosa de amortização de ágio, do lançamento de CSLL e da multa isolada por falta/insuficiência de recolhimento de estimativas.

No presente processo, a glosa das despesas de amortização do ágio, para os anos de 2015 e 2016, deveu-se, inicialmente, à questão da contemporaneidade de laudo de avaliação, conforme apontado pela autoridade fiscal no Termo de Verificação Fiscal, do qual trago alguns excertos:

O Processo nº 16561.720139/2017-12, autuação na BR PROPERTIES com glosa deste mesmo ágio, nos anos-calendário 2012 a 2014, já foi julgado pela 7ª Turma da DRJ/BHE, Acórdão nº 02-88.921 (sessão de 20/12/2018), e teve a seguinte ementa:

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014 ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. DEMONSTRAÇÃO DO VALOR. REQUISITOS.

A lei exige que o lançamento do ágio baseado na perspectiva de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. Embora não houvesse, à época dos fatos, a exigência de demonstração na forma de laudo, a produção e arquivamento de documentação que apresenta, de forma objetiva e precisa, a demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária e aquisição, a partir das perspectivas de rentabilidade futura da empresa, é ônus da adquirente e constitui requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio correspondente.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de glosa de todos os ágios que, no registro de seu nascedouro, carecem de documentação contábil que lhes deem suporte.

Assim, por (i) ausência de documento tempestivo que dê suporte ao ágio apurado na aquisição da ONE PROPERTIES, e que, também, (ii) demonstre corretamente (conforme normas contábeis vigentes) o valor do ágio por rentabilidade futura, glosaremos os montantes deduzidos das bases de cálculo do IRPJ e CSLL, nas rubricas de amortização de ágio pago com fundamento em rentabilidade futura.

Naquele processo, portanto, a motivação única do lançamento tratava de questões ligadas ao laudo de avaliação, entretanto, apesar da decisão de primeira instância ter ratificado o lançamento fiscal, o fato é que já se tem, naquele processo, uma decisão administrativa em segunda instância, no caso deste Colegiado, mas de outra Turma Ordinária.

Eis as ementas do Acórdão 1102-001.337, de 14 de maio de 2024, lavra do Conselheiro André Severo Chaves (Relator), no qual, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário. Eis as ementas.

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

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

ÁGIO. LAUDO OU DOCUMENTAÇÃO DE DEMONSTRAÇÃO DOS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS. AVALIAÇÃO DO INVESTIMENTO. EXPECTATIVA CONTEMPORANEIDADE EM RELAÇÃO À OPERAÇÃO SOCIETÁRIA.

Antes do advento da MP nº 627/13, convertida na Lei nº 12.973/14, não existia dispositivo legal, próprio e expresso, quanto à temporalidade e à cronologia da produção e arquivamento de documento em que se demonstra o fundamento econômico do ágio registrado na contabilidade das empresas. A redação original do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 estabelecia que, na ocasião da aquisição da participação, deveria se desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido, na época da operação, e o ágio ou o deságio percebido na transação. A isso soma-se a determinação do §3º do mesmo dispositivo, que impõe que o fundamento econômico do ágio deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração, não restando dúvidas da exigência de contemporaneidade de tal demonstração com a manobra de aquisição e seu correspondente gasto. Tendo sido o Laudo de Avaliação do investimento, que atesta a expectativa de rentabilidade futura, concluído meses após a operação de aquisição, e utilizando-se as datas bases das operações, e ratificados por estudos internos, não há que se falar em ausência de contemporaneidade.

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ALEGADA IMPRESTABILIDADE DO LAUDO DE AVALIAÇÃO. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

Para fins de glosa da despesa com amortização de ágio, compete à fiscalização tributária comprovar que o fundamento para o pagamento do referido ágio é outro que não a expectativa de rentabilidade futura. No entanto, não cabe à Fiscalização presumir que o fundamento para o pagamento do ágio não é a expectativa de rentabilidade futura, mediante questionamentos acerca da qualidade do Laudo de Avaliação, consubstanciados em dúvidas relativas à competência técnica do autor do Laudo de Avaliação, e em relação aos critérios utilizados e à metodologia adotada pelo avaliador.

Veja que estamos tratando do mesmo ágio no presente processo, de forma que reproduzo excertos desta decisão do CARF, a qual, aliás, repete-se aqui, uma vez que em ambos os processos o Relator foi o mesmo, o Conselheiro André Severo Chaves:

A base legal do tema em discussão é o art. 385, do RIR/991, que estabelece que o que o custo de aquisição de investimentos em sociedades controladas ou coligadas deve ser desdobrado em: (i) valor do patrimônio líquido da sociedade adquirida, apurado de acordo com o artigo 387, do RIR/99; e (ii) ágio ou deságio, quando o custo de aquisição fosse superior ou inferior, respectivamente, ao valor apurado nos termos do item (i).

Conjuntamente ao registro do ágio, tem-se a necessidade de demonstração do seu fundamento econômico, nos termos do §2º, do art. 385, baseado dentre os seguintes fundamentos: (i) valor de mercado dos bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade (mais valia); (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O §3º, do mesmo dispositivo, estabelece que as justificativas referidas nos itens (i) e (ii) acima precisavam estar baseadas em demonstrações a serem arquivadas pelo contribuinte como comprovante da escrituração.

No que se refere ao ágio com fundamento na perspectiva de rentabilidade futura, como no presente caso, após a incorporação do patrimônio da investidora e da investida, a incorporadora poderia amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão máxima de 1/60 avos para cada mês do período de apuração, nos termos dos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97 (art. 386 do RIR/99).

Quanto ao requisito do §3º, tanto a fiscalização quanto a decisão recorrida alegam o seu descumprimento, em razão de os laudos de rentabilidade futura da One Properties terem sido elaborados em data posterior à data de aquisição do investimento na Saíra.

Quanto a este argumento, a recorrente alega que apenas a partir da publicação da Lei nº 12.973/14, anos após os acontecimentos aqui narrados, é que foi criada a obrigatoriedade de elaboração de um laudo de avaliação propriamente dito, por perito independente, com protocolo na Receita Federal do Brasil ou em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º mês subsequente ao da aquisição da participação.

Pois bem.

Destaca-se inicialmente que a exigência de que o ágio registrado na contabilidade esteja respaldado em demonstração, e que o contribuinte deve arquivar como comprovante de sua escrituração, existe desde a redação original do artigo 20 Decreto-Lei 1.598/1977. Veja-se:

Decreto-Lei 1.598/1977

Art. 20 (...)

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

De se notar que referida norma somente exigia “demonstração” para o registro de ágio ou deságio que tenha por fundamento (a) valor de mercado de bens do ativo da sociedade adquirida; e (b) valor de rentabilidade futura da participação adquirida. No caso de ágio fundamentado em “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas” a norma não exigia demonstração.

Depreende-se que a exigência de fundamento para o ágio, originalmente, surgiu para fins de lançamento deste nos registros contábeis da pessoa jurídica adquirente do investimento.

Posteriormente, com a publicação da Lei 9.532/1997, passaram a existir diferenças quanto ao tratamento tributário do ágio, a depender de seu fundamento, de maneira que (a) o ágio baseado em valor de mercado de bens do ativo seria registrado em contrapartida do bem ou direito que lhe deu causa, sendo portanto amortizável/depreciável de maneira equivalente a tal bem ou direito; (b) o ágio baseado em rentabilidade futura poderia ser amortizado à razão de 1/60 ao mês após a incorporação, fusão ou cisão; e (iii) o ágio baseado em fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas seria registrado e contrapartida de ativo permanente, não sujeita a amortização.

Assim, a partir da Lei 9.532/1997, o fundamento do ágio se tornou relevante para definir se e como ocorreria a sua amortização fiscal, mas a norma que exigia o destaque com base em demonstrativo permanecia sendo o § 3º do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977, na sua redação original acima transcrita.

Observa-se que não faz parte do conteúdo dessa norma a maneira como as partes convencionam o negócio pactuado. Assim, independentemente do critério que as partes efetivamente utilizaram para convencionar o preço a ser pago pela participação societária negociada, o adquirente somente poderá registrar (contabilmente) ágio de rentabilidade futura se estiver munido de um demonstrativo que assim suporte tal lançamento em tal fundamento.

Sob esse prisma, verifica-se que a demonstração (ou “laudo”) é um requisito importante para o registro do ágio e que, uma vez cumprida tal formalidade - ou seja, havendo demonstração que possa respaldar o valor negociado na rentabilidade futura da adquirida - o ágio pode ser registrado como tendo tal fundamento e passará a ser tratado, também para fins fiscais, como tal.

Quando se percebe que a legislação não vincula a elaboração do laudo à negociação da participação societária, e sim ao registro contábil do ativo adquirido, verifica-se que, para falar em “intempestividade” na elaboração do laudo, é necessário verificar até quando tal registro poderia ocorrer.

É fato que, na época dos fatos em questão, a legislação tributária não trazia prazo específico para tal registro.

Sabe-se que, atualmente, o §3º do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977, na redação atual dada pela Lei 12.973/2014, exige que o laudo seja elaborado (e apresentado) até o 13º mês subsequente à aquisição da participação societária:

§ 3º 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.

Tal exigência não é por acaso, já que as normas contábeis, muito embora indiquem que os registros contábeis devem ser realizados na data da combinação de negócios, também contemplam o chamado “período de mensuração”, que “não deve exceder de um ano a contar da data da aquisição”, e durante o qual se ajustam valores provisórios.

Contudo, até o advento da Lei 12.973/2014, na ausência de norma expressa que estabeleça um prazo específico, penso que não é possível anterioridade do laudo das operações societárias. Mas, por outro lado, torna-se necessária a averiguação de sua contemporaneidade em relação às transações.

No presente caso, as datas bases dos laudos de avaliação, confirmado pelo TVF, são 22.11.2011 e 29.03.2012, respectivamente, para o primeiro e segundo momentos de aquisição de participação na One Properties pela Saira. Ou seja, os laudos de avaliação consideraram as premissas econômicas financeiras e dados contábeis disponíveis nas datas de aquisição, sendo, portanto, contemporâneos a essas operações. Apenas a formalização dos laudos ocorreu meses depois (10.10.2012).

Ademais, como observado pela recorrente, dias após à primeira operação de aquisição do investimento e, em data prévia à segunda operação de aquisição, foi elaborado pelo Banco Citibank um relatório detalhado que avaliava a perspectiva de rentabilidade futura da One Properties (e-Fls. 1.840 e ss), sendo certo que tal relatório apresenta avaliação muito próxima daquela constante dos laudos em questão. Os laudos de avaliação chegam em um valor econômico total da OneP que varia aproximadamente entre R\$ 3,2 milhões

a R\$ 3,8 milhões. Os estudos internos, na mesma linha, a depender dos critérios econômicos utilizados, variam entre R\$ 2,8 milhões a R\$ 4,1 milhões.

Portanto, considerando todos os termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, vigente ao tempo da transação, e a situação prática aqui analisada, penso que o argumento utilizado pela fiscalização quanto a tempestividade do laudo não merece guarida.

[...]

Prosseguindo a acusação fiscal, a autoridade administrativa questiona, ainda, a materialidade dos laudos de avaliação apresentados pela contribuinte, ao fundamentar que os laudos econômico-financeiro entregues fizeram uso do método do fluxo de caixa descontado para avaliar o valor da empresa adquirida (valuation). Complementa que não servem para respaldar o ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill), uma vez que o ágio por expectativa de rentabilidade futura é o valor residual apurado após valorados a mercado os ativos e passivos identificáveis, levantamento este que não foi informado nos laudos e relatórios apresentados.

Ao examinar o TVF, verifica-se que em nenhum momento a fiscalização trouxe qualquer evidência aos autos de que o fundamento econômico do ágio seria outro.

Na legislação vigente à época dos fatos, mais especificamente do artigo 20, do Decreto- Lei nº 1.598/1977, com redação anterior à Lei nº 12.973/2014 e artigo 385, do RIR/99, não havia qualquer ordem ou hierarquia de um fundamento econômico do ágio sobre outro. A alocação do ágio devia, obrigatoriamente, ser a mais adequada, conforme a avaliação do negócio, considerando as circunstâncias fáticas que levaram à aquisição não sendo possível, aplicar ao ágio registrado para fins fiscais normas contábeis com conteúdo distinto daquelas contidas nos mencionados dispositivos legais.

No presente caso, o pagamento do ágio pela Saíra para a aquisição do investimento na One Properties teve como fundamento a expectativa de rentabilidade futura desta empresa, tal como evidenciado pelos laudos e pelo relatório elaborado pelo CitiBank, sendo certo que a fiscalização não trouxe qualquer evidência aos autos de que o fundamento econômico do ágio seria outro.

É certo que compete à fiscalização tributária comprovar que o fundamento para o pagamento do referido ágio é outro que não a expectativa de rentabilidade futura. No entanto, não cabe à Fiscalização presumir que o fundamento para o pagamento do ágio não é a expectativa de rentabilidade futura.

Portanto, a mera alegação da fiscalização de que o ágio não poderia ter sido integralmente alocado à expectativa de rentabilidade futura da investida, sem efetivamente comprovar que o fundamento do ágio seria outro, não é suficiente para suportar a inconsistência da fundamentação econômica do ágio, razão pela qual também rejeito o argumento da fiscalização de ausência de materialidade do laudo, e reconheço a regularidade da fundamentação econômica do ágio.

[...]

Partilho integralmente, neste ponto, do excelente voto do ilustre Conselheiro, e afasto esta motivação fiscal no presente processo, entretanto, no presente processo ainda tivemos uma outra motivação fiscal para a glosa em debate, qual seja, a transferência de ágio com utilização de

empresa veículo, ausência da “confusão patrimonial” entre a real investidora (Banco BTG) e a investida.

A QUESTÃO A SER ENFRENTADA AGORA É VERIFICAR SE HÁ EMBASAMENTO LEGAL PARA A RECORRENTE DEDUZIR, NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL, A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO REGISTRADO EM SUA CONTABILIDADE, DECORRENTE DE DETERMINADAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS QUE CULMINARAM COM A TRANSFERÊNCIA À BR PROPERTIES S/A, POR MEIO DE INCORPORAÇÃO, DE ATIVO QUE CONTINHA O REGISTRO DE ÁGIO.

DO TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL - TVF EM PARTE REPRODUZIDO NO RELATÓRIO DESTE VOTO, PERCEBE-SE QUE ESTAMOS DIANTE DE CASO RELATIVO À AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA (COM ÁGIO), SEGUIDO DE INCORPORAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS ENVOLVIDAS, TENDO-SE CONSTATADO, CONFORME ENTENDIMENTO DA FISCALIZAÇÃO, NESTE CENÁRIO A FIGURA DA JÁ CONHECIDA EMPRESA VEÍCULO.

INFORMA A AUTORIDADE AUTUANTE (4. DA ANÁLISE FISCAL) QUE NA DIPJ DA EMPRESA FISCALIZADA, ENCONTRA-SE O REGISTRO, NA DEMONSTRAÇÃO DO LUCRO REAL, DE LANÇAMENTOS DE EXCLUSÃO, DENTRE OUTROS, NO CÓDIGO 152 (NOS ANOS CALENDÁRIO DE 2015 E 2016) A TÍTULO DE “(-) ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA (GOODWILL)”, NOS MONTANTES DE R\$ 79.717.266,49, EM CADA ANO, ÁGIO ESTE DECORRENTE DE ATIVO QUE CONSTAVA, INICIALMENTE, NA EMPRESA SAÍRA DIAMANTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, QUANDO APÓS ALGUMAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS, ESTE INVESTIMENTO COM ÁGIO “APARECE” NA ONE PROPERTIES, A QUAL É INCORPORADA PELA BR PROPERTIES, OCASIÃO EM QUE PASSA A AMORTIZAR O ÁGIO.

QUE TRANSAÇÕES FORAM ESTAS QUE HOVERAM COM A ONE PROPERTIES (INCORPORADA PELA RECORRENTE) QUE LHE PERMITIRAM O REGISTRO DE AMORTIZAÇÕES DESTA NATUREZA E DESTA MAGNITUDE?

JÁ VIMOS, CONFORME RELATORIADO, QUE TRATOU-SE DE CONTABILIZAÇÃO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO E QUE APARECEU POR FORÇA DE UMA INCORPORAÇÃO EM UMA EMPRESA, A ONE PROPERTIES, QUE MANTINHA EM SEU ATIVO O INVESTIMENTO ADQUIRIDO COM ÁGIO.

E COMO ESTE ÁGIO LÁ NA EMPRESA ONE PROPERTIES FOI ORIGINADO?

TUDO COMEÇOU NA AQUISIÇÃO DA EMPRESA SAÍRA DIAMANTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS (SAÍRA), EM 19 DE NOVEMBRO DE 2010, PELO BANCO BTG ADQUIRIU 70% DAS QUOTAS DE CAPITAL DA SAÍRA, EMPRESA QUE POSSUÍA UM ACERVO LÍQUIDO DE R\$ 4.310.093,00, E EM 07 DE ABRIL DE 2011 ADQUIRIU O RESTANTE (30%) DE TITULARIDADE DE MDL REALTY INC. S/A.

CONFORME “CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO” ENTRE O BANCO BTG E A WTORRE (ATUAL ONE PROPERTIES), SÃO ACERTADAS CERTAS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS ENVOLVENDO A BR PROPERTIES, BANCO BTG E WTORRE, DIVULGADAS NO MERCADO (FATO RELEVANTE).

DAQUI POR DIANTE, ME APROPRIO DO TEXTO DO VOTO DA DECISÃO RECORRIDA, A QUAL, DE MANEIRA DIDÁTICA E LÚCIDA, DESCREVEU TODA A SITUAÇÃO QUE TERMINOU COM A GLOSA FISCAL DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

O Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte constitui-se, na sua essência, em repetições dos relevantes argumentos utilizados em sede de impugnação, os quais foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Cumprе ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do novo Regimento Interno do CARF (aprovado pela Portaria n. 1.634 de 21 de dezembro de 2023):

Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

§ 1º O relator deverá formalizar o acórdão no prazo de quinze dias, contado da movimentação dos autos para essa atividade.

(...)

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida; e

II - referência a súmula do CARF, devendo identificar seu número e os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.

Assim, desde já proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, com apenas a ressalva que já mencionei anteriormente, qual seja, o afastamento da questão da extemporaneidade do laudo de avaliação ou de demonstração técnica.

A seguir reproduzo os pontos principais do voto da decisão recorrida, naquilo que se propõe presente no voto vencedor: a glosa da amortização do ágio (empresa veículo/confusão patrimonial e real adquirente), multa isolada por falta/insuficiência de recolhimento de estimativa e lançamento de CSLL (destaques são do original).

2. Alegação de que a empresa SAÍRA-DIAMANTE não deve ser considerada mera empresa-veículo.

Neste quesito a d. impugnante busca afirmar que havia um propósito negocial na empresa SAÍRA DIAMANTE, que não pode e não deve ser considerada como mera “empresa-veículo”.

Insistindo em que os lançamentos de que se cuida neste processo, para os FG ocorridos em 31/12/2015 e em 31/12/2016, a fiscalização haveria adotado critério jurídico modificado em relação aos lançamentos que foram objeto do processo conexo, focado nos FG 31/12/2012 a 3/12/2014, o que no seu entender já seria motivo de nulidade por infração ao CTN, art.146 (reiteração de contestação), mas além disso, a fiscalização neste processo acrescentou a acusação de que a real adquirente do investimento na ONE PROP foi o Banco BTG PACTUAL (Banco BTG) e que a empresa SAÍRA DIAMANTE (SAÍRA) teria sido utilizada como mera “empresa-veículo” para tal investimento e, por consequência, também para a posterior transferência do ágio para fins fiscais (de obter menor tributação). Nesse viés, não teria ocorrido a necessária “confusão patrimonial” entre a empresa adquirida (incorporada, a ONE PROP) e a real adquirente (incorporadora, Banco BTG), indispensável para a possibilidade de amortização das despesas de ágio, nos termos da Lei nº 9.532/97, art.7º, III, e art.8º.

A fiscalização aponta que:

(i) O documento “MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS” celebrado em 14/09/2011 entre BR PROP, BANCO BTG PACTUAL e ONE PROP (na época WTORRE PROP) previu a incorporação de ações da ONE PROP pela BR PROP, sendo que apresentou ao mercado como FATO RELEVANTE a previsão de incorporação reversa de ações **somente após a conclusão da associação antes referida** (pela aquisição de participação na ONE PROP pelo BTG PACTUAL), que fora acertada em 10/06/2011;

(ii) O citado “MEMORANDO” cuidou também de explicar o resultado pretendido ao final das operações societárias, a saber: a entrada do Banco BTG na sociedade, via aquisição parcial (controle) das ações da ONE PROP e incorporação da ONE PROP pela BR PROP;

(iii) Paralelamente, na SAÍRA, mediante AGE em 24/10/2011 aprovou-se a eleição de diretores que também pertenciam ao alto escalão da administração do Banco BTG, dando início ao processo de utilização da SAÍRA, como veículo, para utilização no planejamento tributário acima delineado, conquanto claramente abusivo, por parte do Banco BTG;

(iv) Em AGE posterior, em 22/11/2011, a SAÍRA aprovou o primeiro aumento de capital após ser adquirida pelo Banco BTG, ocorrida um ano antes, mediante conferência de bens e de moeda corrente. Assim, o capital social da SAÍRA passou de pouco mais de 17 MILHÕES DE REAIS para **R\$ 1.478.223.609,65 (quase 1,5 BILHÕES de reais)**;

(v) Nesse mesmo dia, de 22/11/2011, foi concluída a primeira parte da negociação entre o Banco BTG e a WTORRE S/A (conforme a Ata da AGE realizada na ONE PROP, na época WTORRE PROP), e aí houve os primeiros aumentos de capital da Cia (ONE PROP). O segundo aumento de capital foi no valor de R\$ 627.451.534,30, **mediante emissão de 75.396.333 novas ações integralmente subscritas e integralizadas com aporte de ativos imobiliários pela SAÍRA DIAMANTE (observe-se, os mesmos ativos que o Banco BTG acabara de transferir para a SAÍRA, neste mesmo dia)**.

(vi) Acentue-se, houve aumento de capital na SAÍRA **na mesma data** da incorporação de ações com ágio na ONE PROP. A SAÍRA, utilizada pelo Banco BTG da maneira descrita no tópico anterior, como veículo para o investimento, passou naquele momento a deter 49,99% do capital total da ONE PROP (vide excerto da Ata da AGE de 22/11/2011, in verbis, às fls.2.069/2.070, a partir do 2º parágrafo das fls.2.069);

(vii) Ainda nessa mesma AGE (de 22/11/2011) **foram emitidos bônus de subscrição em benefício da SAÍRA DIAMANTE, que lhe deram o direito de receber 132.638.307 ações adicionais da ONE PROP**. Nessa AGE, foi também aprovada a alteração da denominação social da WTORRE PROPERTIES S.A, **que passou a ser ONE PROPERTIES S.A (ONE PROP)**;

(viii) Em síntese, após a nova aquisição de ações da ONE PROP com ágio, seguiu-se a incorporação reversa da SAÍRA e a incorporação da ONE PROP pela ora impugnante, **no mesmo dia**;

Quanto ao acusado pela fiscalização neste quesito, **as contestações da d. impugnante podem ser sintetizadas essencialmente assim (vide fls.2.176/2.182É):**

1. Segundo a fiscalização, tais fatos evidenciariam “a utilização abusiva da SAÍRA-DIAMANTE para ser “canal de passagem” de transferência do ágio para fins exclusivamente tributários”; Mas, tais conclusões não resistem a uma análise mais apurada, como se verá;
2. Inicialmente, esclareça-se que a alegação fiscal se refere à operação realizada entre Banco BTG e WTORRE, em momento anterior à aquisição da ONE PROP pela ora impugnante;
3. Conforme admitido pela fiscalização, é correto dizer que a associação do Banco BTG e WTORRE decorreu do “Contrato de Associação”, de 10/06/2011; 4. A ora impugnante (BR PROP) por sua vez decidiu se associar ao banco BTG e à WTORRE somente três (3) meses depois da celebração do referido Acordo, conforme MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS firmado em 14/09/2011. E diga-se, o objetivo então era adquirir a ONE PROP (que antes era WTORRE, até a AGE de 22/11/2011), por meio da incorporação dessa PJ, quando essa sociedade já detivesse os ativos decorrentes da operação realizada entre o Banco BG e a WTORRE;
5. Por essa razão, durante o procedimento de fiscalização, quando questionada, a ora impugnante buscou informações junto à empresa Banco BTG **acerca da mencionada aquisição, por ela, do investimento na ONE PROP, por meio da empresa SAÍRA DIAMANTE ;** (grifos do relator)
6. Na oportunidade, o Banco BTG esclareceu que a SAÍRA DIAMANTE fora constituída desde 2007, tendo como acionista a MDL REALTY INCORPORADORA S.A (MDL INCORP). Que a atividade da SAÍRA era imobiliária, possuindo em seu ativo a partir de 2009 alguns bens imóveis localizados na cidade do Rio de Janeiro;
7. No AC 2010 o Banco BTG teve interesse em formar uma joint venture com a MDL INCORP, para a construção e incorporação de cinco (5) unidades imobiliárias autônomas. Essa unidades conforme já antes mencionado, integravam o patrimônio da SAÍRA, que tinha como acionista a MDL INCORP, e não guardava qualquer relação acionária com o Banco BTG, nem com a WTORRE;
8. Somente em 19/11/2011, como decorrência do mencionado interesse (de formar a joint venture) , o Banco BTG ingressou como sócio da referida empresa (MDL INCORP), adquirindo 3.017.055 cotas que eram, então, de propriedade da MDL INCORP, passando assim a deter 70% do capital social da SAÍRA DIAMANTE;
9. Posteriormente, o Banco BTG decidiu realizar negócios imobiliários com o Grupo WTORRE (que a partir de 22/11/2011 passaria a se chamar ONE PROP).
10. Após as tratativas entre as partes, verificou-se que os negócios imobiliários a serem realizados entre elas, relacionavam-se com imóveis que estavam no patrimônio da SAÍRA, cuja participação majoritária o Banco BTG já detinha, e também se relacionavam a outros bens imóveis e direitos integrantes do patrimônio do Banco BTG, bem como a outros bens integrantes do patrimônio da ONE PROP;
11. Assim, em 07/04/2011, para dar seqüência ao acordo celebrado com a WTORRE, o Banco BTG adquiriu todas as ações de emissão da SAÍRA DIAMANTE, que eram de titularidade da MDL INCORP, passando a deter com isso a integralidade do capital social dessa Sociedade (MDL INCORP);
12. É importante destacar que antes do aporte de capital do Banco BTG na SAÍRA, com imóveis, esta empresa já possuía em seu ativo vários imóveis, o que foi admitido pela fiscalização no TVF;

13. Destaque-se também que quando os acionistas da ora impugnante (BR PROP) decidiram se associar à WTORRE e ao Banco BTG, quanto aos negócios imobiliários que iriam ser realizados pela ONE PROP (que foi WTORRE até 22/11/2011), chegou-se à conclusão de que esses negócios poderiam ser realizados diretamente pela BR PROP, que para isso deveria incorporar a ONE PROP;

14. Para atingir esse objetivo, como passo anterior a essa incorporação, seria necessária a formalização de todos os negócios acordados entre o Banco BTG e a WTORRE. Foi nesse contexto que houve o Segundo Aumento de capital da SAÍRA DIAMANTE, com ágio (pela SAÍRA na ONE PROP), que resultou na transferência de todos os imóveis e bens que deviam compor o patrimônio da ONE PROP, conforme acertado no “Acordo de Associação” entre o Banco BTG e a WTORRE;

15. **A partir disso e do conseqüente ingresso da BR PROP** (ora impugnante) no investimento imobiliário idealizado, conforme pode ser constatado, **o Banco BTG concluiu que poderia passar a deter participação direta na ONE PROP**, e foi isso que determinou a incorporação reversa da SAÍRA DIAMANTE, pelo Banco BTG. E, na mesma data, a incorporação da ONE PROP pela ora impugnante, alinhada justamente com o seu interesse de se associar aos negócios imobiliários inicialmente idealizados, e acordados, entre a WTORRE (depois ONE PROP) e Banco BTG, os quais demandavam o encerramento das etapas preliminares, anteriores ao seu ingresso;

16. (transcreve-se o item 122, das fls.2.182):

122. Nota-se, portanto, que, diversamente do quanto afirmado pela autoridade fiscal, a Saira Diamante não foi um mero veículo de investimento do Banco BTG Pactual, mas sim a empresa que centralizou os investimentos por ele detidos para fins de participação na OneP, sendo certo que as operações não foram estruturadas exclusivamente para fins fiscais, mas com claros propósitos comerciais.

17. A impugnante ressalta que, em casos semelhantes, o CARF tem entendido no sentido de que se o benefício fiscal (i.e, da existência do ágio e de sua dedutibilidade) surgiu de operações societárias legítimas, havendo evidências de existência de propósito comercial da estrutura escolhida, **não haveria que falar em utilização de empresa-veículo e transferência de ágio**, conforme exemplifica a seguinte ementa (fls. 2.182/2.183):

“(…) ÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. LEILÃO DE PRIVATIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL EXISTENTE. SIMULAÇÃO INEXISTENTE. POSSIBILIDADE.

Ágio formado pelo pagamento em leilão de privatização realizado por empresa criada para participação no leilão, com a subsequente incorporação reversa pela empresa privatizada. Operação possível.

A formação do ágio poderia se constituir da mesma forma caso a operação de aquisição tivesse ocorrido pela empresa controladora do grupo que viabilizou a compra.

Descabem as alegações de utilização de empresa veículo e de ausência de propósito comercial em face de não haver, na prática, necessidade de utilização de operações simuladas para viabilizar a formação do ágio.

Inexistência de simulação nas operações visto que não visavam burlar normas impeditivas. (...)”¹⁶ (grifos nossos)

“(…) 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. (...)”¹⁷ (grifos nossos)

18. Dessa forma, resta demonstrado que a SAÍRA DIAMANTE não era mera empresa –veículo, que possuía comprovado propósito comercial, e era a real adquirente do investimento, com ágio fundamentado em perspectiva de rentabilidade futura, na ONE PROP.

Observe-se que, sendo fato incontroverso, a posterior incorporação do patrimônio da investidora (SAÍRA DIAMANTE) pela Investida (ONE PROP), diferente do alegado pela fiscalização não resta dúvida de que a despesa com a amortização do ágio é dedutível na apuração do Lucro real e da Base de Cálculo da CSLL, visto que restou atendido o disposto no RIR/99, nos artigos 385 e 386 (referidos à Lei nº 9.532/97, art. 7º,

III, e art.8º). Com isso, não há razão para que se mantenham os lançamentos objeto deste processo, referidos aos AC 2015 e 2016.

19. De toda sorte, ainda que se entenda que a SAÍRA teria figurado apenas como uma empresa veículo, o que se admite apenas para fins de argumentação, mesmo assim haveria a subsunção dos fatos à norma contida na Lei nº 9.532/97, art. 7º, III, e art.8º), visto que a interpretação dada pela fiscalização a estes dispositivos é extremamente restritiva e vai de encontro com sua lógica contábil, fiscal e histórica.

20. A metodologia de amortização do ágio utilizada pela interessada no caso concreto é conhecido como **“emparelhamento de receitas e despesas, quando correlatas”**, e guarda relação direta com o regime contábil de competência de que trata o art.177 da Lei das S/A, de adoção obrigatória na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Em linhas gerais, o ágio na aquisição de investimentos, quando decorrente de expectativa de resultados futuros, deve ser amortizado no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação, ou perecimento, do investimento. Isso porque esse ágio fundado em rentabilidade futura da Investida representa aplicação antecipada destinada a assegurar o direito aos lucros futuros. Assim, na proporção de realização concretizada dos resultados, o investidor, de um lado, registra a parcela correspondente dos lucros auferidos por sua investida e, de outra parte, amortiza na mesma proporção o ágio pago na aquisição desse investimento.

Esse método determina o reconhecimento simultâneo, ou combinado, das receitas e despesas que resultem diretamente das mesmas transações ou eventos 4.

21. Quanto às considerações, pela fiscalização, acerca do que supostamente a doutrina considera quanto à “confusão patrimonial” que deve haver entre investida e investidora para que haja suporte à dedutibilidade da despesa de amortização do ágio. Diga-se que quanto ao conceito (da “confusão patrimonial” que deve haver) a ora impugnante não discorda. Contudo, diversamente, do que pretende a fiscalização, segundo a doutrina melhor representada em Ricardo Mariz de Oliveira 5, de forma alguma, e em nenhum momento, ele sustenta que tal “confusão patrimonial” se limitaria à hipótese de incorporação, fusão ou cisão da real adquirente do investimento e da investida (i.e, relacionando real adquirente investidora e investida);

Nesse sentido já se posicionou o E. CARF ao dar provimento ao Recurso voluntário interposto nos autos do Processo Administrativo nº 16682.720184/2014-40, para o qual foi proferido o Ac nº 16-74.029/2016, cuja ementa foi assim:

“ (...) ÁGIO. DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA E DE EFETIVO PAGAMENTO. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. AMORTIZAÇÃO DEVIDA

A amortização do ágio é permitida, quando demonstrada a rentabilidade futura do investimento, o efetivo pagamento na aquisição, e se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

Atendida a obrigatoriedade quanto à confusão de patrimônio entre investidora e investida, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deram causa passam a se comunicar diretamente.”²² (grifos nossos)

A impugnante acrescenta que, para mais esclarecer, transcreve trechos pertinentes do voto condutor do Ac. nº 1302-003.0046, da lavra do Rel Rogério Aparecido Gil:

“Conclui-se, portanto, que estão atendidas as disposições dos arts. 385 e 386 do RIR/99, eis que a operação se deu entre partes independentes, mediante efetivo pagamento, com posterior incorporação, que resultou em confusão patrimonial.

O fato de a GLAI adquirir a GTI (antiga Tyrrel, pertencentes aos advogados da Gol, inicialmente constituída com o capital de R\$100,00) para capitalizá-la com o intuito de utilizá-la como empresa veículo visando a compra da VRG Linhas Aéreas S.A. (constituída por ativos e passivos da Varig,

denominados UPV para fins de leilão judicial no processo de falência da Varig), não pode ser considerado como uma operação que inviabilize, ao final, a amortização do ágio efetivamente pago por meio de dinheiro e ações.

O pagamento tornou a VARIG LOG e a VOLO sócias detentoras de ações preferenciais da GLAI. Nada mais justo que o investimento realizado pela GTI (100% da GLAI) constitua ágio passível de amortizado, quando da incorporação da GTI pela VRG. Afinal, as receitas tributáveis auferidas pela VRG foram devidamente tributadas. Em contrapartida, cabe a respectiva amortização do ágio inicialmente registrado pela investidora GTI.”

(grifos nossos)

Portanto, nem no texto da Lei nº 9.532/97, arts. 7º e 8º, nem pela lógica contábil e fiscal, não há qualquer exigência de junção do patrimônio de uma ou de outra empresa, **mas somente a reunião de patrimônios para que as receitas e despesas sejam emparelhadas, o que sem qualquer dúvida ocorreu no presente caso.**

Citaram-se outros julgados no CARF, às fls. 2.194/2.197, que serviriam de apoio à tese da defendente.

22. Por fim, chama à atenção que, embora haja julgados do CARF e da CSRF em que se mantiveram as glosas fiscais das despesas de amortização de ágio em situações semelhantes – suposta utilização de empresa-veículo e/ou ausência de “confusão patrimonial” entre a real adquirente e a investida, é certo que, na grande maioria das vezes, isso ocorreu mediante decisão pelo voto de qualidade. **No entanto, a partir da publicação e vigência da Lei nº 13.988/2020, deixou de existir a possibilidade do “voto de qualidade” no âmbito do CARF.** A partir da nova Lei, se houver empate na votação da Turma, esse resultado favorecerá o contribuinte. Dessa forma, o que se espera é que a matéria passe a ser decidida favoravelmente aos contribuintes, alterando-se a jurisprudência administrativa acerca do tema.

Sopesadas as razões contrapostas entre os litigantes, é muito significativo registrar que o antes do significativo aporte de capital realizado pelo Banco BTG na SAÍRA-DIAMANTE (SAÍRA), em 22/11/2011, o capital social da SAÍRA (que havia sido criada cerca de um ano antes) era na ordem de R\$ 17.310.093,00 (ver TVF, fls. 2.065).

A fiscalização apurou que a SAÍRA DIAMANTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS (SAÍRA) era uma empresa de pequeno porte pertencente à MDL REALTY INCORPORADORA S.A (MDL REALTY), que até 2010, isto é, antes da entrada do BANCO BTG PACTUAL S.A (Banco BTG), como sócia, a SAÍRA registrava acervo líquido de apenas R\$ 4.310.093,00. **Em 19/11/2010, o Banco BTG comprou 70% das cotas de capital da SAÍRA.** Em Assembléia Geral de Transformação realizada na mesma data, de 19/11/2010, foi aprovado aumento de capital social, que passou de R\$ 4.310.093,00 para R\$ 17.310.093,00 (aumento de R\$ 13 MI no capital social naquela oportunidade).

Os restantes 30% do capital social foram transferidos ao Banco BTG em 02/05/2011, mediante a consolidação da propriedade das cotas que pertenciam à MDL REALTY, que haviam sido oferecidas em garantia de empréstimo feito junto ao Banco BTG (CCB – Cédulas de Crédito Bancário).

Em 14/09/2011, a BR PROPERTIES divulgou ao mercado em ‘FATO RELEVANTE’ que foi celebrado ‘MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS’ entre BR PROPERTIES, BANCO BTG PACTUAL e ONE PROPERTIES (nessa época WTORRE PROPERTIES), prevendo a incorporação de ações da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES. Na época, o “FATO RELEVANTE” apresentado ao mercado já previa que a incorporação reversa ocorreria, mas somente após a conclusão da associação acima referida (aquisição da participação na ONE PROP, pelo Banco BTG), que foi acertada desde 10/06/2011 (conforme o planejamento tributário pré-concebido, mas com fim ilícito).

Resta claro que o Banco BTG foi o real adquirente da participação na ONE PROP (antiga WTORRE). O trecho a seguir pinçado, pela fiscalização, no referido MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS” não deixa dúvidas a respeito:

“(II) BTG será detentor de ações ordinárias da WTorre nos termos do Contrato de Associação e Outras Avenças celebrado em 10 de junho de 2011 entre WTorre S.A., WTorre, BTG, et al, (“Contrato de Associação WTorre”) (cf TVF, fls.2.067).

*A autoridade lançadora também tratou de explicitar, às mesmas fls.2.067, o resultado pretendido ao final da seqüência de operações societárias planejadas, a partir da entrada do Banco BTG na sociedade, **que foi a aquisição parcial do controle acionário da ONE PROP, e a incorporação da ONE PROP pela BR PROP.***

Em 24/10/2011, na empresa SAÍRA, em AGE, aprovou-se a eleição de diretores da SAÍRA que também pertenciam ao alto escalão da administração do Banco BTG, deixando bem explícita a função da SAÍRA, como empresa-veículo, a ser desempenhada no planejamento tributário engendrado sob o interesse do Banco BTG, com finalidade claramente abusiva em relação ao ordenamento tributário regente.

*Mais adiante, em 22/11/2011, a SAÍRA aprovou o 1º aumento de capital após ser adquirida pelo Banco BTG (o que ocorrera cerca de um ano antes). Conforme adiantado mais acima, o seu capital social que era da ordem de R\$ 17 MI, **passou para R\$ 1.478.223.609,65 (quase R\$ 1,5 BI).***

***Nessa mesma data, de 22/11/2011, foi concluída a primeira parte da negociação entre o Banco BTG e a WTORRE S.A (segundo a Ata da AGE realizada na ONE PROP, na época ainda WTORRE PROP, houve os primeiros aumentos de capital da ONE PROP; registra-se que o 2º aumento de capital social foi no valor de R\$ 627.451.534,30, mediante a emissão de 75.396.333 novas ações integralmente subscritas e integralizadas com aporte de ativos imobiliários pela SAÍRA).** E atenção, esses ativos imobiliários aportados pela SAÍRA na ONE PROP foram os mesmos que o Banco BTG acabara de transferir, na mesma data, para a empresa SAÍRA .*

Resta claro que a SAÍRA exerceu o papel de empresa-veículo, manejada pela vontade do Banco BTG, este que afinal passou a deter 49,99% do capital total da ONE PROP.

*Nessa mesma AGE, foram ainda emitidos bônus de subscrição em benefício da SAÍRA, que estabeleciam para ela o direito de receber ações adicionais da ONE PROP, de **132.638.307 ações adicionais da ONE PROP. Na mesma AGE, de 22/11/2011, foi aprovada a alteração da denominação social da WTORRE PROPERTIES S.A , que passou a ser chamada de ONE PROPERTIES S.A .***

Mais acima descrevemos as razões apresentadas pelos litigantes, os eventos relevantes para a solução do litígio em ordem cronológica, os quais foram devidamente examinados neste voto, evidenciando-se a divergência focada na interpretação das consequências tributárias, e apresentando-se a solução mais adequada à luz do entendimento da administração tributária federal.

Os seguintes diagramas preparados pela fiscalização tornam mais claro o entendimento da descrição dos fatos e da solução ora definida:

Ainda nesta AGE, foram emitidos bônus de subscrição em benefício de SAIRA DIAMANTE, que lhe conferiam o direito de receber 132.638.307 ações adicionais da ONE PROPERTIES. Foi também aprovada alteração da denominação social da WTORRE PROPERTIES S.A. que passou a ser ONE PROPERTIES S.A.



Essa sucessão de fatos ocorridos no curto lapso temporal de **1 (um) dia**, o BANCO BTG entrega bens para sua controlada SAIRA-DIAMANTE, que utiliza esses mesmos bens para subscrever e integralizar aumento de capital social da ONE PROPERTIES, evidencia a simulação do real propósito negocial, que seria a aquisição de participação acionária na ONE PROPERTIES, pelo BANCO BTG PACTUAL, o real adquirente desse investimento.

A integralização do aumento de capital da ONE PROPERTIES, no dia 22/11/2011, gerou apuração de ágio, no total de **R\$ 418.117.657,00**, calculado, segundo resposta da Fiscalizada, da seguinte forma:

1º aporte da SAIRA DIAMANTE na ONE PROPERTIES em 22/11/2011	
Aquisição de 48,81% de cotas da OneP pela Saira (PL da One P)	710.657.978
(-) Expurgos eventos extraordinários ocorridos entre 22.11.2011 e 31.12.2011	-281.783.000
(=) PL de referência da OneP após 1º aporte	428.874.978
(x) % subscrito pela Saira na OneP em 22.11.2011	48,81%
(-) Valor patrimonial investimento da Saira na OneP em 22.11.2011	209.333.877
Valor do 1º aporte da SAIRA na ONE PROPERTIES em 22.11.2011	627.451.534
(-) Valor patrimonial investimento de Saira na OneP em 22.11.2011	-209.333.877
(=) 1º ágio	418.117.657

Em 29/03/2012, realizou-se AGE na ONE PROPERTIES, conforme previsto no “**ACORDO DE INCORPORAÇÃO E OUTRAS AVENÇAS**”. Entre outras ações consignou-se aumento de capital em decorrência do exercício do Bônus de Subscrição, sendo emitidas 132.638.307 novas ações ordinárias pela ONE PROPERTIES, **ao preço de emissão total de R\$ 849.370.406,55**.

[...]

(Do referido Acordo de Incorporação se extrai): (...)

6.2.1 Fica consignado que as novas ações emitidas foram subscritas e integralizadas pela Saíra, nos termos do Bônus de Subscrição e conforme Notificação de Exercício firmada pela Documento de 42 pagina(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado pelo código de localização AD12.1220.17538.5305 no endereço <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx> consulte a pagina de autenticação no final deste documento. SP SAO PAULO DEOPE Fl. 2075 Cópia autenticada administrativamente Receita Federal do Brasil Delegacia de Operações Especiais de Fiscalização da Receita Federal do Brasil em São Paulo – DEOPE/SPO Equipe de Fiscalização 01 27 Saíra e recebida pela Companhia em 29 de março de 2012, a qual constitui o Anexo 1 a esta ata e que, autenticada pela Mesa, ficará arquivada na sede da Companhia, mediante aporte (i) de 532.211,156628 (quinhentos e trinta e dois mil, duzentos e onze inteiros, e cento e

cinquenta e seis mil, seiscentos e vinte e oito milionésimos) **cotas representativas do patrimônio do BTG Pactual Fundo de Investimento Imobiliário** — FII Desenvolvimento II, inscrito no CNPJ/MF sob o n.º 12.323.987/0001-64 ("JK FII"), cotas estas (as "Cotas JK FII") **que assim ficam incorporadas ao patrimônio da Companhia** e às quais foi atribuído o valor de R\$975,35 (novecentos e setenta e cinco reais e trinta e cinco centavos) cada, assim totalizando R\$519.090.406,55 (quinhentos e dezenove milhões, noventa mil, quatrocentos e seis reais e cinquenta e cinco centavos), conforme laudo de avaliação previamente aprovado na Assembleia Geral Extraordinária realizada em 22 de novembro de 2011; e **(ii) do valor de R\$330.280.000,00** (trezentos e trinta milhões, duzentos e oitenta mil reais), parte em moeda corrente nacional e parte mediante créditos contra a Companhia decorrentes **de adiantamento para futuro aumento de capital.**

(...)

O organograma a seguir (retirado do laudo da Deloitte), ilustra a estrutura acionária da ONE PROPERTIES, após a transação que atribuiu 73% de participação acionária à SAÍRA:



Figura 4 - Organograma parcial One Properties

O 2º aumento de capital social da ONE PROPERTIES, no montante total de R\$ 849.370.406,55, foi subscrito e integralizado pela SAÍRA DIAMANTE com os outros bens que o BANCO BTG PACTUAL havia aportado recentemente em sua controlada.



A integralização do 2º aumento de capital da ONE PROPERTIES, no dia 29/03/2012, gerou mais uma apuração de ágio, no total de R\$ 565.385.421,00, calculado pela Fiscalizada da seguinte forma:

2º aporte da SAÍRA DIAMANTE na ONE PROPERTIES em 29/03/2012

Aquisição de 23,4% de cotas da OneP pela Saira - PL da OneP cf. critérios 31.12.2007 após 2º aporte em 29.03.2012

	1.213.611.048
(x) % subscrito pela Saira na OneP em 29.03.2012	23,40%
(=) Valor patrimonial investimento da Saira na OneP em 22.11.2011	283.984.985

Valor do 2º aporte da SAIRA na ONE PROPERTIES em 29.03.2012	849.370.406
(-) Valor patrimonial investimento de Saira na OneP em 29.03.2012	-283.984.985

(=) 2º ágio **565.385.421**

Total do ágio gerado nos dois momentos de aquisição de participação **983.503.078**

A incorporação da ONE PROPERTIES deixou o quadro societário da BR PROPERTIES da seguinte forma (extraído de Apresentação de Resultados da Deloitte):



Fonte: Administração da **One Properties S.A.**

Copyright © 2012 Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. Todos os direitos reservados

Figura 6 - Organograma parcial Br Properties após incorporação da One Properties



Ainda em 29/03/2012, SAIRA foi incorporada pela sua controlada ONE PROPERTIES. Na mesma data, ONE PROPERTIES foi incorporada pela BR PROPERTIES.

Os ágios gerados nas aquisições de ações da ONE PROPERTIES pela SAIRA, que deveriam estar registrados no real adquirente, Banco BTG, passaram a ser amortizados fiscalmente na BR PROPERTIES.

A incorporação reversa da SAÍRA DIAMANTE transferiu o ágio para o ativo da ONE PROPERTIES e, em seguida, para a BR PROPERTIES, que, no mesmo dia, absorveu o patrimônio da ONE PROPERTIES.

Em síntese, desde a compra de suas ações pelo BANCO BTG em 19/11/2010, observa-se que a atividade mais relevante da SAÍRA-DIAMANTE **foi a incorporação de ações da ONE PROPERTIES**. A SAÍRA foi apenas uma empresa-veículo para que fossem realizados os investimentos na ONE PROPERTIES, pelo Banco BTG. A SAÍRA recebeu aportes de capital do BANCO BTG a partir de 22/11/2011, destinados única e exclusivamente a que fizesse os investimentos na ONE PROPERTIES. Praticamente todos os recursos necessários para a aquisição da participação acionária na ONE PROPERTIES foram oriundos de aportes efetuados pelo BANCO BTG PACTUAL visto que, operacionalmente, SAÍRA possuía poucos recursos (alguns imóveis/terrenos), insuficientes para realizar tais operações. A utilização da via indireta (aporte de recursos financeiros em empresa-veículo) teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária para se efetuar a amortização do ágio que originalmente seria registrado na empresa que efetivamente realizou o investimento (BANCO BTG PACTUAL), buscando-se assim a vantagem indevida, de pagar menos tributos que os devidos.

O quadro abaixo indica, resumidamente e em sequência cronológica, os eventos relevantes relacionados no TVF:

Data	Evento
19/11/2010	O Banco BTG <u>comprou 70% das cotas de capital da SAÍRA</u> . Nessa data, em AGE foi aprovado um aumento de capital da SAÍRA, <u>aumento de R\$ 13.000.000,00; passando de R\$ 4.310.093,00 para R\$ 17.310.093,00</u> .
07/04/2011	Em sequência ao acordo celebrado com a WTORRE, o Banco BTG adquiriu todas as ações de emissão da SAÍRA DIAMANTE que eram de titularidade da MDL INCORP, <u>passando a deter com isso a integralidade do capital social dessa Sociedade (MDL INCORP)</u>
02/05/2011	O correspondente a <u>30% das cotas de capital social da SAÍRA</u> <u>fora transferido ao Banco BTG</u> , pela consolidação das cotas de participação antes oferecidas em garantia ao Banco BTG pela MDL REALTY (antiga controladora da SAÍRA, antes do banco BTG)
10/06/2011	O Banco BTG e a WTORRE S.A celebram um “Contrato de Associação” que detalha os termos e condições para o aporte de ativos imob. e rec. Financ no grupo da WTORRE pelo Banco BTG e/ou por quaisquer sociedades por ele controladas ou que com ele estejam sob controle comum. Ficou claro que o aporte seria precedido de uma reorganização societária do grupo WTORRE, para segregação de ativos imobiliários a serem transferidos para uma sociedade controlada pelos atuais acionistas da Cia.
14/09/2011	A BR PROP divulgou ao mercado “FATO RELEVANTE”, celebração de <u>Memorando de Entendimentos entre a BR PROP, Banco BTG e ONE PROP</u> (então ainda WTORRE PROP), <u>prevendo incorporação de ações da ONE PROP pela BR PROP</u> . O FATO RELEVANTE divulgado ao mercado também previa a incorporação reversa de

Data	Evento
	participação societária, mas somente após a conclusão da Associação supramencionada (Aquisição de participação soc. na ONE PROP pelo Banco BTG), acordada em 10/062011.
	No Memorando de Entendimentos resta claro que o Banco BTG viria a ser o real adquirente da participação societária na ONE PROP (WTORRE PROP até 22/11/2011)
	No referido memorando fica explicitado que o resultado pretendido ao final da sequência de operações societárias programadas seria a entrada do Banco BTG na sociedade, o que iria ocorrer pela via da aquisição parcial do controle da particip societ na ONE PROP, através da SAÍRA, e pela posterior incorporação da ONE PROP pela BR PROP
24/10/2011	a SAÍRA, em AGE, aprovou a eleição de diretores que pertenciam ao alto escalão da administração do Banco BTG (cumprindo seu papel traçado, de empresa-veículo)
22/11/2011	A SAÍRA, em AGE, aprovou um mui expressivo aumento de capital social após ser adquirida pelo Banco BTG (o que ocorreu cerca de 1 ano antes). O capital social que era na ordem de R\$ 17 MI passou a ser de quase R\$ 1,5 BI
	Na mesma data, de 22/11/2011, foi concluída a 1ª parte da negociação entre o Banco BTG e a WTORRE S.A. Segundo ata da AGE na ONE PROP (nessa data de 22/11/2011, a WTORRE passou a ser ONE PROP), houve os primeiros aumentos de capital na ONE PROP. O 2º aumento de capital foi especificamente de R\$ 627.451.534,30 (correspondeu ao 1º aporte da SAÍRA na ONE PROP), mediante a emissão de 75.396.333 novas ações, com aporte de ativos imob. Pela SAÍRA – os mesmos ativos que o Banco BTG acabara de transferir para o patrimônio da SAÍRA, nesse mesmo dia 22/11/2011. O 1º ágio gerado, com esse 1º aporte de capital da SAÍRA na ONE PROP, foi no valor de R\$ 418.117.657,00.
	Foi ainda nessa mesma AGE da ONE PROP, de 22/11/2011, que houve a emissão de Bônus de subscrição em benefício da SAÍRA, estabelecendo para esta o direito de receber 132.638.307 ações adicionais da ONE PROP
29/03/2012	AGE da ONE PROP, cf previsto no “ Acordo de Incorporação e Outras Avenças ”, para consignar o aumento de capital em decorrência do exercício do Bônus de Subscrição, depois da emissão de 132.638.307 novas ações ordinárias pela ONE PROP, ao preço de emissão total de R\$ 849.370.406,55
	Esse 2º aporte de capital para aumento do capital social da ONE PROP, no valor de R\$ 849.370.406,55, foi subscrito e integralizado pela SAÍRA (empresa veículo, manobrada pelo interesse do Banco BTG). O 2º ágio gerado, a partir desse 2º aporte de capital da SAÍRA na ONE PROP, foi no valor de R\$ 565.385.421,00.
	Considerados os dois ágios gerados, acima descritos, em 22/11/2011, e em 29/03/2012, o total do ágio gerado foi no valor de R\$ 983.503.078,00
29/03/2012	Incorporação da SAÍRA pela ONE PROP (incorporação reversa) – Em AGE na ONE PROP
29/03/2012	Incorporação da ONE PROP pela BR PROP – mediante aprovação em AGE na BR PROP
31/12/2012	início da amortização do ágio pela BR PROP, ora Impugnante .
31/12/2015	Amortização do ágio, cuja dedução, gerou os lançamentos objeto deste processo
31/12/2016	Amortização do ágio, cujas dedução, gerou os lançamentos objeto deste processo

Conclusão para este quesito:

A hipótese prevista no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, de possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio na apuração do imposto devido, requer que **da "confusão patrimonial" participe a pessoa jurídica real investidora (Banco BTG, no caso), aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.**

Não se admite a dedução da amortização do ágio se a real investidora transferiu recursos a uma "empresa-veículo" (a SAÍRA) com o específico fim de que os aplicasse na aquisição de participação societária em outra empresa (a ONE PROP); também não se admite a dedução referida se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou viesse eventualmente a ser celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço, o que não ocorreu propriamente (no caso, foi celebrada entre SAÍRA – empresa-veículo a serviço do Banco BTG, e ONE PROP).

1. **Subsidiariamente, pede que para fins de apuração da Base de Cálculo da CSLL, seja reconhecida a possibilidade de dedução das despesas de ágio, visto que à época dos fatos inexistia lei que a vedasse .**

Como se vê, a alegação é de que não haveria previsão legal a impedir a possibilidade de dedução da amortização de ágio na apuração da Base de Cálculo da CSLL, ou que explicitamente estendesse as disposições voltadas ao IRPJ à CSLL, o que segundo o seu entendimento só haveria ocorrido após a vigência da Lei nº 12.973, de 2014.

Para início de análise já se diga que os fatos geradores sob análise neste processo, quanto ao IRPJ e à CSLL, ocorreram em 31/12/2015 e em 31/12/2016, quando já era vigente a Lei nº 12.973, de 2014. Mas, isso só revela mais uma face da inconsistência do argumento da r. impugnante.

Inobstante isso, vejamos no RIR/99 (Decreto nº 3.000/99), os artigos 385, 391 e 426, que tratam da amortização do ágio sob a ótica tributária, cuja base legal está explicitada no referido Regulamento do Imposto de Renda, e é o DI nº 1.598, de 1977. Assim, por primeiro, observem-se as referências legais no DI 1.598/77:

No DI nº 1.598, de 1977 (reprodução de artigos, com grifos nossos)

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) (Vigência)

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) (Vigência)

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) (Vigência)

§ 1º 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) (Vigência)

[...]

*§ 3º 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) (Vigência)*

[...]

Art. 22. *O valor do investimento na data do balanço, conforme o disposto no inciso I do **caput** do art. 20, deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no art. 21,*

mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Parágrafo único. Os lucros ou dividendos distribuídos pela investida deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor do investimento, e não influenciarão as contas de resultado. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência).

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

[...]

Parágrafo único. Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do **caput** do art. 20, derivados de investimentos em sociedades estrangeiras que não funcionem no País. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

[...]

Art. 25. A contrapartida da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do **caput** do art. 20 não será computada na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 33. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

[...]

Art. 33. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

II - de que tratam os incisos II e III do **caput** do art. 20, ainda que tenham sido realizados na escrituração comercial do contribuinte, conforme previsto no art. 25 deste Decreto-Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - **revogado** (pelo DI nº 1.730, de 1979)

IV - **revogado** (pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 1º. Revogado (pela Lei nº 12.973, de 2014)

[...]

§ 2º. Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da investida. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Daí se retira que o art.20 do DI nº 1.598, de 1977, estabeleceu que o custo de aquisição da participação societária deve ser desdobrado em duas contas distintas: (i) valor da equivalência patrimonial em uma conta; e (ii) valor do ágio ou do deságio em outra conta.

Poder-se-ia neste ponto observar que no direito tributário, assim como na literatura e na vida, para o bom entendedor (na boa interpretação) “meia palavra basta”. Claro está que o DI nº 1.598, de 1977, cuidou dos efeitos tributários da avaliação de investimentos pelo método da equivalência patrimonial, incluído o aspecto da possibilidade de amortização do ágio. É certo que ao fazê-lo esse Decreto-lei fez referência expressa em alguns de seus dispositivos à expressão “lucro real”, e que apesar disso, não resta a menor dúvida na doutrina mais respeitada, e na jurisprudência, que o critério ali definido para identificar a hipótese de indedutibilidade da amortização do ágio também atinge a apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), porque:

(1ª) cronologicamente, o DI nº 1.598 é de 1977, quando ainda não existia a CSLL (daí, nem poderia a ela se referir expressamente). A CSLL foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da CR/1988, especificamente com a Lei nº 7.689/88;

(2ª) a Lei nº 8.981, de 1995, art.57, veio expressamente determinar que devem ser aplicadas à CSLL as regras de apuração do IRPJ.

Lei 8.981/1995

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

Bem se vê na norma acima explicitada que, a rigor não chega a estabelecer identidade entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, mas explicita a intenção legislativa de evitar repetições normativas desnecessárias, apenas para o fim de destacar que a metodologia aplicável na apuração do IRPJ deve ser a mesma a ser seguida para a apuração da Base de Cálculo da CSLL.

Há de se lembrar, ainda, que a neutralidade da avaliação dos investimentos em relação à CSLL (para fins tributários) está disciplinada na Lei nº 7.689/88 (de criação da Contribuição), pelo método da equivalência patrimonial (MEP), no seu art.2º, §1º, “c”, itens 1 e 4, determinando-se a adição do resultado negativo, e a exclusão do resultado positivo decorrentes da avaliação pelo MEP.

Sendo assim, devendo ser a neutralidade tributária do investimento pelo MEP, o mesmo desiderato se busca alcançar na amortização do ágio ou do deságio, posto que este é desdobramento daquele investimento.

Lei nº 7.689/1988

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

§ 1º. Para efeito do disposto neste artigo:

[...]

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

1. adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

[...]

4. exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

[...]

Ademais, a **IN SRF nº 390, de 2004**, nos termos da lei de base, ao orientar sobre a apuração e o pagamento da CSLL, expressamente destacou em seu art.44 que as mesmas normas voltadas à amortização no âmbito do IRPJ se aplicam à CSLL:

“Art. 44. Aplicam-se à CSLL as normas relativas à depreciação, amortização e exaustão previstas na legislação do IRPJ, exceto as referentes a depreciação acelerada incentivada, observado o disposto nos art. 104 a 106”. (Grifos nossos)

Nesses termos, proponho que seja indeferido o pedido subsidiário.

[...]

5. Arguição de Impossibilidade da aplicação concomitante da multa isolada de 50%, pela falta de pagamento de estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, com a multa de ofício de 150%. A imposição de ambas importa em bis in idem ou, ao menos, afronta o princípio da consunção, o que já foi reconhecido pelo CARF em Súmula.

Não se sustenta a tese da impugnante segundo a qual, havendo lançamento de ofício do tributo em que se aplicou multa proporcional, a exigência de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais implicaria duplicidade de punição e seria ilegal. Que somente poderia ser exigida antes de encerrado o ano-calendário a que se refere a antecipação respectiva.

A Lei nº 9.430, de 1996, com a redação já vigente na época dos fatos, dispõe que (sem grifos no original):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;(Vide Lei nº 10.892, de 2004)(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - **de 50%** (cinquenta por cento), **exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal**: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º. O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

À luz das normas legais acima reproduzidas, sempre que não for recolhida a estimativa do IRPJ ou a estimativa da CSLL devida, no lançamento de ofício o contribuinte faltoso estará sujeito à multa isolada de 50% sobre o valor da estimativa não recolhida.

A multa se aplica ainda que, no final do período de apuração, venha a ser apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL. Se a multa é cabível mesmo na hipótese de prejuízo ao final do período de apuração, vê-se que a penalidade é imposta não em razão do pagamento insuficiente do tributo devido ao final da apuração, mas sim pelo falta de cumprimento de outra obrigação distinta, que é o recolhimento antecipado da estimativa mensal.

Visto que a legislação tributária permite que o montante devido por estimativa seja calculado com base em balancete de suspensão ou redução, e desde que o contribuinte exerça essa faculdade, numa única ocasião a base de cálculo da multa e a do encerramento do período de apuração serão idênticas, em dezembro de cada ano. Nessa data deverá haver coincidência entre o resultado apurado no balancete e o das demonstrações financeiras do encerramento do ano-calendário. Nos outros meses não há coincidência de base de cálculo, pois somente no final do ano é que se poderá precisar se o contribuinte teve resultado positivo ou negativo e em que montante. De qualquer forma, o texto legal não condiciona a imposição da multa isolada a que não haja coincidência de base de cálculo, nem exclui esta na hipótese de haver lançamento de ofício que exija tributo em virtude da recomposição pela fiscalização da base de cálculo anual. A multa isolada recebe essa denominação apenas por ser exigida separada e independentemente do tributo, tanto que se impõe ainda quando nenhum tributo ao final do período de apuração seja devido, apenas porque o contribuinte deixou de satisfazer o recolhimento por estimativa que lhe tocava efetuar.

Para a autoridade julgadora administrativa de primeira instância, essa conclusão não se limita a ser uma mera interpretação, mas tem o caráter de norma vinculante, posto que desde a Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997, que embora revogada pela IN RFB nº 1.515, de 2014, no que tange à matéria ora enfocada manteve o mesmo entendimento oficial da RFB, assim exposto:

Art. 17. Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal no ano calendário correspondente;

II - o imposto devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do imposto.

Só a título de informação, posteriormente, a IN RFB nº 1.700, de 2017, revogou a IN RFB 1.515, de 2014, mas o seu art.53 manteve a mesma disciplina antes contida no art.17 da IN 1.515. No caso o objeto dos lançamentos são os AC 2015 e 2016.

Em suma, embora possa eventualmente ocorrer coincidência de base de cálculo, a hipótese de incidência de cada uma das multas é distinta. A da multa isolada é a falta ou insuficiência de recolhimento do tributo devido por estimativa; a da multa proporcional é o lançamento de ofício do tributo efetivamente devido em face do resultado anual.

Se não há coincidência de motivação, se as causas são díspares, não há cabe falar em duplicidade de punição nem em bis in idem. É por isso também que, havendo simultaneamente falta ou insuficiência do recolhimento das antecipações por estimativa e do saldo devedor apurado no ajuste anual, deverá haver incidência das duas multas.

Se a lei não permitisse impor a multa isolada concomitantemente com a exigência do principal mais a multa proporcional, a exigência dos recolhimentos por estimativa estaria ameaçada ou não seria cumprida. A norma legal que determina a antecipação mensal por estimativa tornar-se-ia letra morta, pois seria sempre mais vantajoso aos contribuintes optantes pela apuração anual esperar até o encerramento do período, para levantar o montante do tributo definitivamente devido e só então recolhê-lo. Obviamente, a Fazenda Pública seria financeiramente lesada, e sofreriam concorrência desleal os contribuintes que cumprissem rigorosamente as prescrições legais.

Ora não se descuida da existência da Súmula 105 editada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais. O conteúdo dessa SUM 105 se entende hoje estar superado, visto que ela expressamente faz referência à redação original do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, no entanto na época dos fatos objeto dos lançamentos de ofício de que ora se cuida já estava em vigor uma nova redação daquele Diploma Legal, com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.488, de 2007. Como exemplo do novo entendimento adotado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais cita-se o acórdão nº 9101-002.759 datado de 05/04/2017.

Ademais, não fosse bastante o acima destacado, registra-se que a Súmula nº 105 não é vinculante para toda a Administração Tributária Federal, que não foi aprovada pelo Ministro da Fazenda nos termos do

artigo 75 do Regimento Interno do Carf aprovado pela Portaria MF nº 343 de 9 de junho, não sendo capaz de alterar o entendimento oficial da RFB.

Por fim, registra-se que a d. impugnante num último rompante contestatório evocou o princípio da consunção, para afirmar haver sido conspurcado neste caso em face da aplicação concomitante da multa isolada e da multa de ofício. Já explicamos mais acima que, segundo o entendimento da Administração Tributária Federal, o ordenamento jurídico tributário brasileiro prevê a possibilidade de aplicação simultânea, por se aplicarem sobre bases distintas. Mas, em respeito à d. impugnante, expliquemos porque não cabe evocar qualquer infração ao p. da consunção, de aplicação originária no âmbito do direito penal.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt⁷:

“Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta”. (Grifos nossos)

Conforme explicado mais acima, sendo distintas as bases sobre as quais são aplicados os também distintos percentuais legalmente estabelecidos, respectivamente, para a multa de ofício, por falta/insuficiência de declaração e/ou pagamento de tributo, e para a multa isolada devida pela falta de recolhimento tempestivo (no curso do período de apuração) de estimativas mensais, não há como enquadrar a situação ora analisada nos termos enunciados no chamado princípio da consunção.

Proponho, a manutenção da aplicação das duas multas, a de ofício, no caso qualificada em razão do dolo demonstrado, e a isolada, pela falta de recolhimento oportuno das estimativas mensais obrigatórias.

[...]

Nota deste Relator: só lembrando que a qualificação da multa de ofício já foi afastada no voto original.

Conclusão:

É o voto, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano