



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720136/2019-32
ACÓRDÃO	9101-007.438 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	10 de setembro de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	VIGOR ALIMENTOS S/A

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

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 controladora e a controlada ou coligada, 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).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar provimento parcial ao recurso com retorno dos autos ao colegiado a quo para exame da matéria “multas isoladas concomitantes”, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por negar provimento.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

Participaram do presente julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luís Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

RELATÓRIO

A recorrente, inconformada com a decisão proferida, por meio do Acórdão nº 1201-006.269, interpôs, tempestivamente, recurso especial de divergência com julgados de outros colegiados, relativamente ao tema: “**aproveitamento fiscal de ágio transferido entre empresas de um mesmo grupo econômico**”.

A ementa do acórdão recorrido apresenta a seguinte redação:

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

Ano-calendário: 2014, 2015

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO.

POSSIBILIDADE.

A transferência do ágio entre empresas do mesmo grupo do adquirente que tenha como consequência a dedução fiscal do ágio por pessoa distinta da adquirente original é legítima, decorre da liberdade empresarial de organizar seus negócios sob a estrutura que lhe for mais conveniente, e não macula o ágio legitimamente gerado em operação praticada a preços de mercado entre partes independentes. Vale ressaltar, a transferência do ágio, assunto já polêmico quando da edição da Lei nº 12.973/2014, não foi vedada nem sofreu inovação por esse diploma legal.

Ainda que não seja necessário haver razões extrafiscais para a adoção de estruturas menos onerosas fiscalmente (pois o intento de economizar tributo não é ilícito), desde que sua adoção não seja simulada, o caso em tela conta com a comprovação da existência de diversas razões extrafiscais para a escolha da

estrutura por meio da qual o ágio viria a ser aproveitado, o que afasta sob qualquer ângulo a imputação de intento doloso em cometer fraude.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício; a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva e o Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque acompanharam o voto do relator pelas suas conclusões; (ii) por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, afastando as glosas de dedução das amortizações do ágio, mas negando o pleito de intimação na pessoa do advogado; vencidos a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva e o Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, que negavam provimento ao recurso. O Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

No despacho de admissibilidade do recurso especial, apresenta-se uma ótima síntese dos autos:

Trata-se, no presente caso, de lançamento fiscal lavrado em razão de a Autoridade Fiscal ter constatado que a Contribuinte autuada (VIGOR ALIMENTOS S/A) deduziu a base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante aproveitamento de valores a título de amortização de ágio, após ter efetuado a incorporação de sua controlada, Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor S/A,(VIGOR FÁBRICA).

Em síntese, o início da formação do ágio em tela deu-se na aquisição da VIGOR FÁBRICA pela BERTIN, que depois (BERTIN) veio a ser adquirida e incorporada pela JBS.

Ato seguinte, a JBS constituiu a VIGOR ALIMENTOS (a Contribuinte autuada), integralizando seu capital com ações da VIGOR FÁBRICA, transferindo o ágio para a VIGOR ALIMENTOS.

Finalmente, a VIGOR ALIMENTOS incorporou a VIGOR FÁBRICA, e passou a aproveitar-se das amortizações do ágio para fins de dedução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, à luz do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

[...]

A fiscalização considerou ilícita a tentativa da JBS de transferir para a VIGOR ALIMENTOS o ágio pago pela BERTIN na aquisição da VIGOR FÁBRICA. Ainda segundo a fiscalização, a JBS é quem poderia deduzir fiscalmente o ágio, pois ela que comprou e incorporou a BERTIN, que, por sua vez, é a empresa na qual o ágio na aquisição da VIGOR FÁBRICA originalmente foi registrado.

O órgão julgador de primeira instância considerou ilegítimo o aproveitamento do ágio pela VIGOR ALIMENTOS, sob o fundamento de que a JBS seria a real investidora/real adquirente (ao menos por ter incorporado o acervo da real adquirente BERTIN), e que ela não teria unido seu acervo com o acervo

patrimonial da investida VIGOR FÁBRICA substancialmente, mas apenas formalmente, por meio da VIGOR ALIMENTOS.

No Acórdão recorrido, prevaleceu o entendimento de que “inexiste na lei(9.532/97) a exigência de união da pessoa jurídica alcunhada de “real investidora” com a investida”, bem assim que “a Vigor Alimentos não era mera sociedade vazia”, acrescentando-se que a opção pela incorporação da VIGOR FÁBRICA pela VIGOR ALIMENTOS apresentou propósito negocial extra tributário.

Foram apresentados dois paradigmas, os Acórdãos nº 1402-003.700 e nº 9101-006.831.

No já referido despacho de admissibilidade, foi dado seguimento ao recurso em relação ao referido paradigma nos seguintes termos:

No primeiro paradigma (Acórdão nº 1402-003.700), cuidou-se da análise de infrações fiscais apuradas no contexto de aquisição da participação na AÇOS VILLARES S/A pela METALÚRGICA GERDAU S/A, com ágio considerado legítimo, originado em operação realizada entre as partes independentes e com efetivo desembolso de numerário. No entanto, em um segundo momento, a participação societária na AÇOS VILLARES foi transferida via subscrição de ações para uma empresa veículo (PRONTOFER), que trinta dias depois foi incorporada por outra empresa do grupo (a pessoa jurídica autuada GERDAU S/A), que ato contínuo incorporou a AÇOS VILLARES, e passou a amortizar o ágio.

No segundo paradigma (Acórdão nº 9101-006.831), foi apreciado lançamento lavrado no contexto da aquisição da pessoa jurídica autuada (RODOVIA DAS CATARATAS S/A - ECOCATARATAS) pelo Grupo ECORODOVIAS, também com ágio considerado legítimo, originado em operação realizada entre as partes independentes e com efetivo pagamento. Ato contínuo, a participação na ECOCATARATAS com ágio foi transferida para uma empresa veículo (ECORODOVIAS CONCESSÕES E SERVIÇOS S/A -ECOCONCESSÕES), via subscrição de aumento de capital. Por fim, a ECOCONCESSÕES foi cindida, sendo o acervo líquido representado pelo investimento com o ágio extinto por meio de incorporação pela investida ECOCATARATAS. Nessa última operação, o ágio gerado na aquisição da própria ECOCATARATAS foi para ela transferido e, a partir desse mês, a empresa começou a deduzir, na apuração de seu lucro real e de sua base de cálculo da CSLL, despesas com a amortização desse ágio.

Em seu apelo especial, depois de transcrever excertos da decisão recorrida e do primeiro paradigma, a Recorrente concluiu seu cotejamento afirmando que:

Como se vê, as operações são semelhantes e a legislação aplicável à espécie é idêntica. Cuida-se da análise da dedutibilidade do ágio, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, onde após eventos de reestruturação societária, com a

participação de uma empresa veículo (em ambos os processos, operacionais), o ágio é transferido, via integralização de capital. Contudo, enquanto o acórdão recorrido entendeu por legítima a amortização do ágio transferido; o paradigma nº 1402-003.700, afastou a possibilidade de amortização de ágio vinculado a investimentos em empresas do mesmo grupo, com a interposição de empresa veículo, mediante a transferência de ações da adquirida via integralização de capital, ao amparo de que a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada.

Por fim, salienta-se que os propósitos negociais invocados pela contribuinte foram afastados no final do voto do acórdão paradigma, tendo em vista serem muito específicos, próprios de seus objetivos negociais, sem ser decorrente de uma imposição regulamentar de setor ou algo equivalente.

Outrossim, extrai-se do caso recorrido que o Protocolo e Justificação de Incorporação entre a JBS e a Vigor Fábrica, foi invocado como propósito negocial e também não decorre de uma imposição regulamentar de setor ou algo equivalente, além de prever a amortização do ágio transferido:

[...]

Clara, portanto, a divergência entre os julgados.

Quanto ao segundo paradigma, a Recorrente assim sintetizou a divergência ora suscitada:

Perceba-se que o acórdão paradigma enfrentando a mesma controvérsia do acórdão recorrido, acerca da legitimidade de transferência de ágio, com a integralização do investimento adquirido de terceiro pela real investidora (Ecoinfraestrutura), em aumento de capital de empresa veículo (Ecoconcessões), com a consequente incorporação do patrimônio líquido cindido pela Ecocataratas (autuada), afastou expressamente a possibilidade de transferência de tal ágio. Segundo esse paradigma, a utilização de "empresa-veículo", inclusive operacional, torna impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois, afasta a investidora de fato do evento de incorporação.

Dessa forma, o entendimento vergastado no acórdão recorrido diverge do posicionamento firmado no Acórdão paradigma, proferido pela 1ª Turma Câmara Superior de Recursos Fiscais, quando admite a transferência do ágio entre empresas do mesmo grupo do adquirente tendo como consequência a dedução fiscal do ágio por pessoa distinta da adquirente original, fundamentando que decorre da liberdade empresarial de organizar seus negócios sob a estrutura que lhe for mais conveniente, e não macula o ágio legitimamente gerado em operação praticada a preços de mercado entre partes independentes.

Novamente, para o acórdão paradigma, a utilização de uma empresa intermediária para transferência do ágio, que adquiriu as ações da investida, mas que não foi investidora original (ou seja, a investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, consequentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos

artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

Destarte, o ponto fulcral da divergência reside justamente quanto à impossibilidade de transferência do ativo adquirido com ágio dentro do grupo, por meio de empresa veículo, com a transferência das ações da adquirida com ágio, via integralização de capital, pois, a utilização de "empresa-veículo", inclusive operacional, torna impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, uma vez que afasta a investidora de fato do evento de incorporação. Veja que diante do mesmo contexto fático e jurídico, as conclusões entre recorrido e paradigmas foram divergentes.

Importante ainda ressaltar que, o entendimento predominante na Câmara Superior de Recursos Fiscais, no que toca à demonstração de divergência jurisprudencial, é que se aplicando a tese do acórdão paradigma ao caso concreto discutido no recorrido houver mudança na conclusão do julgado, clara é a divergência jurisprudencial acerca da interpretação da legislação tributária aplicada ao caso. Aqui os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Desse modo, configurada a divergência de entendimento nas Turmas do CARF, pois, diante de casos que envolvem a transferência de ágio, com a interposição de empresas veículos, mediante a transferência das ações da adquirida via integralização de capital, percebe-se que houve a adoção de soluções diversas, com base nos arts. 7 e 8º da Lei 9.532/97 (reprodução do art. 386 do RIR/99).

De fato, em análise ao inteiro teor dos paradigmas, verifica-se que sob situações fáticas análogas, em ambos os casos prevaleceu entendimento contrário ao aproveitamento das despesas com amortização do ágio.

Nesse sentido, no voto condutor do primeiro paradigma (Acórdão nº 1402-003.700) destacou-se que “o aproveitamento fiscal do ágio, previsto no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada”.

E referindo-se à situação concreta daquela caso, assinalou-se que “a Prontofer foi um mero instrumento de realização da transação, jamais tendo sido a investidora”, de modo que “a amortização operada pela autuada não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999”.

E em linha com o entendimento que prevaleceu no primeiro paradigma, ao analisar situação fática semelhante no segundo paradigma (Acórdão nº 9101-006.831), a 1ª Turma da CSRF assentou que “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”, de modo que apenas “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)”.

O excerto abaixo reproduzido, extraído do voto vencedor do segundo paradigma, bem ilustra o entendimento que prevaleceu naquele julgamento:

No presente caso, também resta fora de dúvida que a real investidora, que suportou o ônus da aquisição da participação societária na Contribuinte(investida), formadora do ágio amortizado, foi Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A, antes denominada Primav Ecorodovias S.A e aqui referida como ECOINFRAESTRUTURA. Em 07/02/2008 o investimento em questão foi adquirido de alienantes partes não relacionadas, com o pagamento de R\$ 426,5 milhões e reconhecimento de ágio de R\$ 375,6 milhões, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da investida.

Contudo, consoante referido pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura nº voto acima transcrito, a operação em análise não passa pela primeira verificação(vide item 8 do voto).

O evento de incorporação, porém, não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida. Em 26/08/2009 o investimento adquirido com ágio foi transferido pela investidora para ECOCONCESSÕES, a qual, em 29/12/2010, é cindida para versão deste investimento para o patrimônio da investida.

O que se observa é que o evento de incorporação do patrimônio vertido em cisão parcial não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa ECOCONCESSÕES, denominada como “empresa-veículo”, ou seja, não estava presente a investidora (não participou do evento de incorporação a empresa ECOINFRAESTRUTURA).

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

A utilização da empresa ECOCONCESSÕES (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (ECOFRAESTRUTURA) do evento de incorporação.

Dessa forma, em se tratando de cenários fáticos análogos, e tendo as decisões recorrida e paradigmas chegado a conclusões diametralmente opostas quanto à legitimidade do aproveitamento fiscal de ágio transferido entre empresas de um mesmo grupo econômico, entendo que restou demonstrada a divergência jurisprudencial suscitada pela Recorrente.

E uma vez atendidos os demais pressupostos de admissibilidade, com fundamento no art. 118 do RICARF, proponho que seja dado seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Foram apresentadas contrarrazões tempestivas pelo contribuinte, por meio das quais questiona o conhecimento e o mérito do recurso, nos termos que se segue.

Na análise dos paradigmas apresentados pela Fazenda, a defesa alega que eles não se aplicam ao caso concreto. O Acórdão nº 1402-003.700 (Gerdau) envolvia utilização de empresa veículo sem qualquer finalidade negocial, situação distinta daquela vivenciada pela Vigor. Já o Acórdão nº 9101-006.831 (RDC Concessões) dizia respeito a operações artificiais e destituídas de propósito negocial, o que também não se verificaria no caso em análise.

Em ambos, a negativa de aproveitamento fiscal do ágio decorreu da ausência de propósito negocial, ao passo que no caso da Vigor essa circunstância foi expressamente reconhecida pela própria autoridade fiscal e pelo colegiado julgador.

No mérito, as contrarrazões enfatizam que o ágio compõe o custo de aquisição do investimento, nos termos do artigo 385 do RIR/99. A transferência de participação societária para integralização de capital social seria forma válida de aquisição, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico e, portanto, permite-se o aproveitamento do ágio pela Vigor.

Por fim, a defesa ressalta que há jurisprudência recente no próprio CARF e na CSRF que confirma a dedutibilidade do ágio quando presentes razões extrafiscais e propósitos negociais legítimos. Assim, conclui-se que o recurso especial da Fazenda não preenche os requisitos de admissibilidade e, caso seja conhecido, deve ser negado provimento, mantendo-se a decisão que reconheceu a legitimidade da amortização do ágio pela Vigor Alimentos S.A.

É o relatório do essencial.

VOTO

Conselheiro **Guilherme Adolfo dos Santos Mendes**, Relator

Preliminar de conhecimento

Não tenho reparos a fazer ao despacho que deu seguimento ao recurso.

A defesa alega em contrarrazões, que a situação do recorrido é distinta dos paradigmas, em especial porque o recorrido traria razões negociais para a realização das operações, enquanto os paradigmas não possuiriam tal característica.

De fato, o recorrido aponta razões negociais como motivadoras das operações. Abaixo, transcrevo trecho do voto condutor com tais considerações:

A oposição da instância a quo acerca da dedutibilidade do ágio consiste na visão de que a JBS seria a real investidora/real adquirente (ao menos por ter incorporado o acervo da real adquirente Bertin), e que ela não teria unido seu acervo com o acervo patrimonial da investida Vigor Fábrica substancialmente, mas apenas formalmente, por meio da Vigor Alimentos, de maneira que não teria

se processado a extinção por absorção patrimonial do investimento na Vigor Fábrica conforme demandariam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, em virtude da subsistência da JBS (real investidora) como pessoa jurídica segregada do acervo da Vigor Fábrica.

Entretanto, não só inexiste na lei (9.532/97) a exigência de união da pessoa jurídica alcunhada de “real investidora” com a investida, como a própria JBS não seria a real investidora em questão. A “real investidora” seria a Bertin, mas nem por isso a fiscalização entendeu que o ágio teria sido extinto com a incorporação da Bertin pela JBS.

Ademais, a não incorporação da Vigor Fábrica diretamente pela JBS decorreu tanto de dificuldades operacionais, conforme já exposto no relatório, com também do interesse mercadologicamente justificável (notadamente tratando-se de Sociedade Anônima de Capital Aberto) de manter em pessoas jurídicas distintas negócios distintos: a incorporação da Bertin pela JBS uniu acervos dedicados ao mesmo ramo (a cadeia agroindustrial de proteína animal) enquanto que uma eventual incorporação da Vigor Fábrica “contaminaria” esse acervo com os riscos inerentes à cadeia agroindustrial de laticínios, o que poderia ser prejudicial tanto às sociedades em questão como também aos investidores no mercado acionário pela dificuldade de valoração de cada um desses negócios.

Também ficou claro que a Vigor Alimentos não era mera sociedade vazia e havia sido constituída em 03/11/2011, após a tentativa frustrada de incorporação da Vigor Fábrica pela JBS, e 12 meses antes da incorporação pela Vigor Fábrica.

E mais, a integralização do capital da Vigor Alimentos com as quotas da Vigor Fábrica conforme o valor patrimonial registrado na JBS não enseja a apuração de ganho de capital pela JBS. Eventual ganho de capital correspondente a todos e quaisquer sobrepreços pagos na aquisição da Vigor Fábrica tem como contribuintes os proprietários das ações da Vigor Fábrica quando de sua alienação para a Bertin (família Mansur), que ocorreu anos antes. Portanto, impertinente a alegação da Vigor Alimentos, de que a ausência de apuração de Ganho de Capital pela JBS corroboraria a impossibilidade de dedução do ágio legitimamente gerado anteriormente.

Verifico, portanto, impertinentes os óbices levantados pela autuação à dedução do ágio, razão pela qual dou provimento ao Recurso Voluntário.

Todavia, os paradigmas também trazem a circunstância de que as operações tiveram propósitos negociais, os quais foram similares aos do recorrido.

Abaixo, transcrevo trecho representativo do AC 1402003.700:

Intimada durante o procedimento fiscal a informar qual foi o propósito negocial da operação de compra da participação de 28,9% na Aços Villares, a contribuinte autuada informa que:

Dita aquisição teve por propósito negociai: i) consolidar a participação direta e indireta no Capital Social da Aços Villares S.A., aumentando a participação de 58,4% para 87,3%; ii) extinguir o Acordo de Acionistas da Aços Villares S.A., por deixar de ter o seu controle compartilhado entre o Grupo Gerdau e o BNDESPAR; iii) atratividade da oportunidade de investimento no setor siderúrgico, com condições de financiamento adequadas; e iv) realizar o seu objeto social, qual seja, o de participar no capital de outras sociedades, especialmente do setor siderúrgico.

Note que são propósitos negociais muito específicos, próprios de seus objetivos negociais, sem ser decorrente de uma imposição regulamentar de setor ou algo equivalente.

Aos contribuintes há toda a liberdade negocial própria das suas atividades, mas deve ser verificado os efeitos fiscais das mesmas, e se for o caso extrapolar as normas tributárias pertinentes, anulando-os. O que não se admite é criar situações artificiais que visam à economia tributária primordialmente, tentando trazer, como traz na sua peça impugnatória, justificativas negociais para agir assim.

As eventuais necessidades negociais peculiares, que não estão previstas no ordenamento tributário, não podem é ter repercussão na esfera fiscal.

Ademais, o voto condutor no referido paradigma se assentou no fundamento de que a amortização do ágio para fins fiscais só seria válida, caso a confusão patrimonial se desse entre investidor e investida, independentemente das razões extratributárias apresentadas pela defesa. Segue trecho representativo nesse sentido:

A amortização operada pela autuada não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada.

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

Já o paradigma nº 9101-006.831 não traz qualquer aspecto relativo a propósitos negociais a orientar as operações. Todavia, considero que tais aspectos não foram determinantes para orientar qualquer dos acórdãos a se comparar (o recorrido e os dois paradigmas), uma vez que o quadro fático analisado e sobre o qual os acórdãos se expressaram, foi a necessidade (ou não) de confusão patrimonial entre investidor e investida.

Por essas razões, conheço do recurso em relação aos dois paradigmas.

Mérito

Inicialmente, a Vigor Fábrica (Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor S.A.) era controlada pela família Mansur até junho de 2007, quando foi adquirida pela Bertin, operação que gerou ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.

Posteriormente, em 31/12/2009, a Bertin foi incorporada pela JBS, que assumiu o controle da Vigor Fábrica e passou a registrar o ágio anteriormente pago.

Alega-se que a JBS, em um primeiro momento, chegou a planejar a incorporação direta da Vigor Fábrica, mas a operação foi suspensa em 2010 devido a inconsistências na composição da base acionária da investida. Para viabilizar a reorganização, a JBS constituiu, em 2011, uma nova sociedade, a Vigor Alimentos S.A., inicialmente chamada FG Holding Internacional S.A., com capital social simbólico de R\$ 5 mil.

Em janeiro de 2012, ocorreu o aumento de capital da Vigor Alimentos mediante a integralização, pela JBS, das ações que detinha na Vigor Fábrica. Essa operação se deu após uma Oferta Pública de Permuta (OPP) na bolsa de valores, em que ações da JBS foram trocadas por ações da Vigor Alimentos. Do montante total das quotas conferidas, R\$ 330 milhões correspondiam ao valor contábil do investimento e cerca de R\$ 860 milhões correspondiam ao ágio.

Por fim, em dezembro de 2012, a Vigor Alimentos incorporou a Vigor Fábrica, consolidando a reorganização.

A lide está no fato de a fiscalização sustentar que a “real adquirente” (investidora originária) foi a Bertin, posteriormente sucedida pela JBS, razão pela qual apenas esta última poderia usufruir da amortização fiscal. Já a “investida” foi a Vigor Fábrica, cujas ações serviram de base para as operações subsequentes. A Vigor Alimentos, na visão da acusação fiscal, apenas recebeu a transferência das ações e do ágio sem ter desembolsado recursos próprios, não podendo, portanto, amortizá-lo.

Assim, a investidora originária, isto é, a real adquirente, foi a Bertin, sucedida pela JBS; a investida foi a Vigor Fábrica; e a Vigor Alimentos foi utilizada como instrumento societário para viabilizar a amortização do ágio.

Desse modo, cumpre-nos enfrentar a questão do enquadramento ou não da contribuinte no disposto nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que abaixo reproduzimos:

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:

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

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

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

Note-se que, em momento algum, houve um encontro patrimonial entre a investidora originária, nem entre a sociedade que lhe sucede (a Bertin) com a investida (Vigor Fábrica).

Em diversos acórdãos da Câmara Superior, como no AC nº 9101-004.383, de 10/09/2019, o ilustre Conselheiro André Mendes de Moura, teceu acalentadas lições acerca da interpretação dos dispositivos acima, na linha que aqui se analisa (necessidade de encontro patrimonial entre investidor e investida).

Dessas lições, colho o trecho em que analisa o critério subjetivo dessas regras:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

As razões acima aduzidas implicam a necessidade de que haja o encontro patrimonial do real adquirente com o real adquirido. Tal ocorrência não se deu no caso examinado, como analisamos acima.

Desse modo, não houve subsunção das regras de dedutibilidade da amortização do ágio.

O pedido no recurso especial é pela reforma integral do acórdão recorrido com a manutenção da decisão de primeiro grau.

Nada obstante, a decisão de piso prejudicou um dos questionamentos do recurso voluntário: o lançamento de multas isoladas pelo não recolhimento de estimativas, em face da concomitância da multa de ofício.

Destaque, por fim, que o tema da multa qualificada foi especificamente enfrentado pelo recorrido ao negar provimento ao recurso de ofício em relação à decisão da DRJ que afastou essa exasperação.

Conclusão

Por todo exposto, voto por conhecer do recurso especial da PFN para, no mérito, dar-lhe provimento parcial com retorno do feito à segunda instância a fim de que nova decisão seja exarada acerca da matéria multa isolada, concomitância com a multa de ofício.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes