



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16561.720143/2016-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-002.634 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2018
Matéria IRPJ - DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente SERASA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE.
MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razões que ensejem tratamento diverso, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo (relator), Carlos Cesar Candal Moreira Filho e Lizandro Rodrigues de Sousa. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca. O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado solicitou a a apresentação de declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, Lizandro Rodrigues de Sousa (suplente convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado em relação ao Acórdão nº 02-72.639, da 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte/MG (DRJ/Belo Horizonte), de 10 de abril de 2107 (fls. 2.517 a 2.545), que julgou improcedente a impugnação do sujeito passivo, conforme ementa a seguir:

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

Ano-calendário: 2011

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, constituída sem finalidade comercial, em cujo patrimônio constava registro de ágio em decorrência de participação na incorporadora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura.

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. ESTIMATIVAS MENSAIS. IRPJ. CSLL. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA.

A multa isolada prevista no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, tem pressuposto de exigência diferente da multa de ofício prevista no inciso I do citado artigo. As penalidades decorrem de pressupostos diferentes e o lançamento delas no

mesmo auto de infração não significa dupla penalização pela mesma conduta.

CSLL. DECORRÊNCIA. INFRAÇÕES APURADAS NA PESSOA JURÍDICA.

O decidido quanto ao lançamento principal, no caso de imposto sobre a renda, aplica-se aos lançamentos decorrentes dos mesmos fatos e elementos de prova.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

MULTA QUALIFICADA. NEGÓCIO JURÍDICO FICTÍCIO.

Sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO LANÇADA.

A multa de ofício, porquanto parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento."

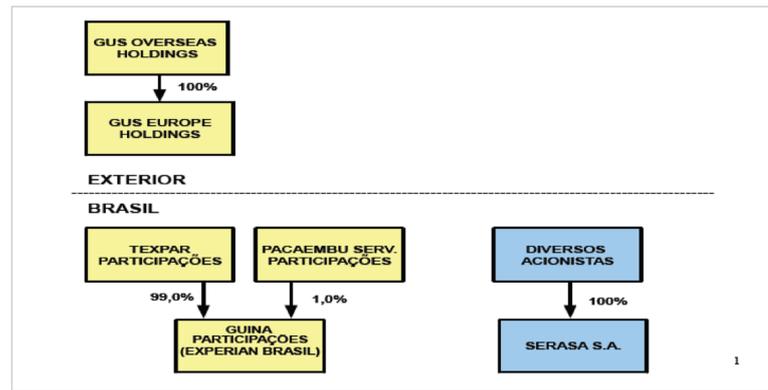
Por bem sintetizar o processo, passo a transcrever o relatório do Acórdão recorrido, complementando-o, ao final:

"Contra o Contribuinte, pessoa jurídica, já qualificada nos autos, foram lavrados os Autos de Infração constantes das fls. 1678 a 1696, relativos ao ano-calendário 2011, que exigem o Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (R\$ 215.327.558,62) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (R\$ 76.977.283,65), totalizando R\$ 292.304.842,27 de crédito tributário, já incluído a multa de 150% e os juros de mora calculados na data da lavratura.

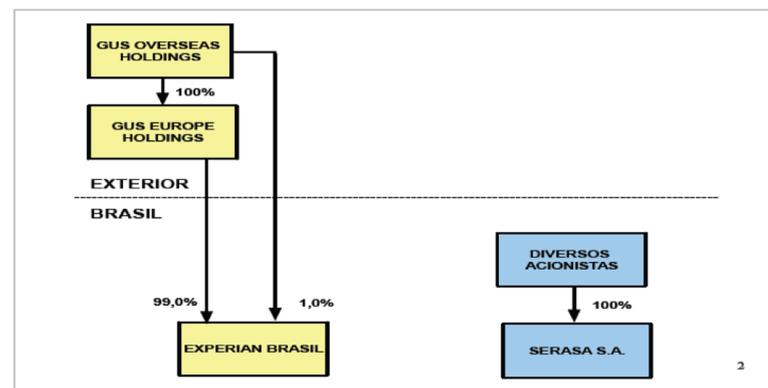
Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls. 1617 a 1677), a Autoridade Autuante concluiu que a despesa com a amortização do ágio foi deduzida indevidamente para fins fiscais.

Inicialmente, explicou como a operação foi engendrada pela impugnante. Nesse cenário, têm-se:

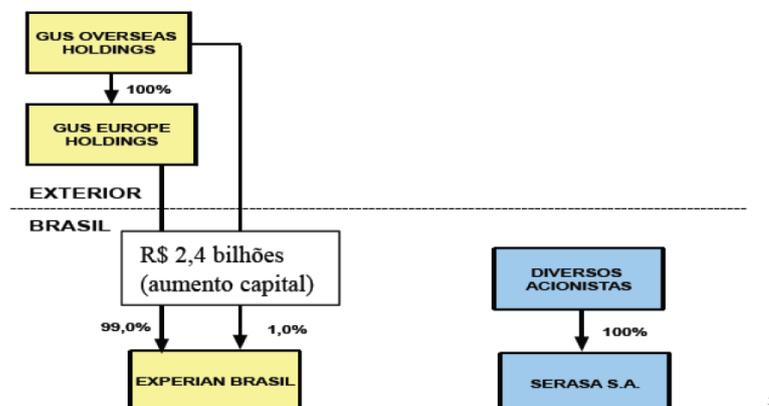
Em 21/11/2006 – Constituição da empresa Guina Participações Ltda com Capital Social 100,00:



Em 18/06/2007 – Alteração da razão social de Guina Participações Ltda para Experian Brasil Aquisições Ltda e mudança no quadro societário com a cessão e transferência pela Texpar Participações Ltda da totalidade de suas cotas (99%) para a empresa Gus Europe Holdings BV e pela Pacaembu Serviços de Participações Ltda da totalidade de suas cotas (1%) para a empresa Gus Overseas Holdings BV:

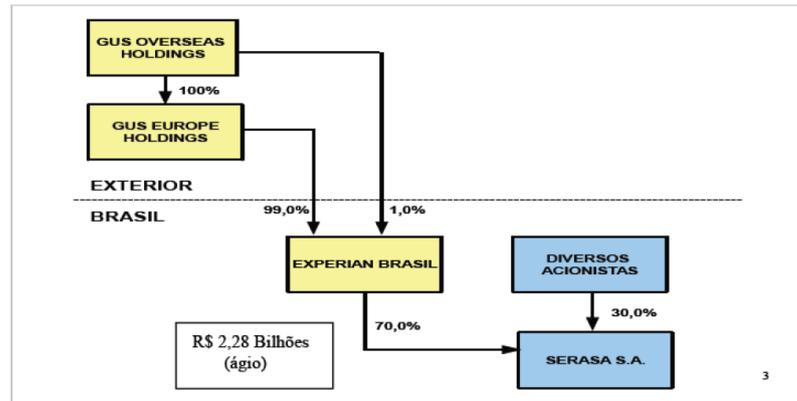


Entre 25/06/2007 a 17/10/2007 (Gus Overseas e Gus Europe - empresas holandesas) aumentaram e integralizaram o Capital Social da Experian Brasil Aquisições Ltda de R\$ 100,00 para R\$ 2.406.081.147,00:

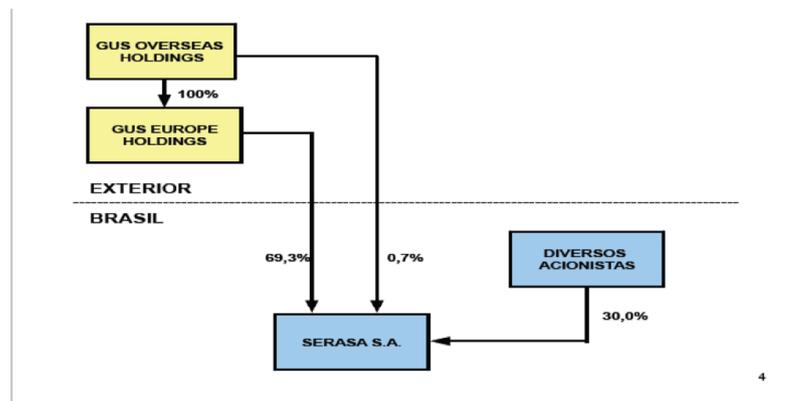


Entre 28/06/2007 a 11/10/2007 - Experian Brasil Aquisições Ltda adquiriu 70% de participação na Serasa, pagando um ágio de R\$ 2.286.671.078,74. (Em 28/06/2007 adquiriu o controle

acionário da Serasa com a aquisição de 65% das ações e em 31/08/2007 adquiriu mais 5% das ações da Cia):



Em 13/12/2007 – Serasa incorpora a Experian Brasil Aquisições Ltda e começa a amortizar o ágio.



Após analisar essas operações e as respostas aos termos de intimação fiscal, a Autoridade Autuante concluiu que a despesa com a amortização do ágio foi deduzida indevidamente, baseada nos seguintes fundamentos:

1 - Falta de propósito negocial, caracterizada pela:

1.1 realização de operações estruturadas em seqüência;

1.2 incorporação abusiva/negócio indireto da controladora pela controlada;

1.3 inexistência operacional e administrativa da Experian Brasil Aquisições Ltda, que servira de veículo para a criação do ágio e posterior amortização contábil e tributária;

1.4 Curta duração da existência da Experian Brasil Aquisições Ltda;

1.5 Falta de motivação da necessidade da constituição e posterior aquisição da empresa Experian Brasil Aquisições Ltda;

2 – Descumprimento de requisito para dedutibilidade do ágio – inoportunidade da confusão patrimonial entre as **reais adquirentes** e a empresa adquirida;

A Autoridade Autuante considerou que a intenção das operações realizadas foi o aproveitamento do ágio pela SERASA S.A. com a dedução dos encargos de amortização desse ágio, por meio de atos elaborados em curto espaço de tempo, os quais tiveram a função de distorcer o resultado final que se daria naturalmente caso as partes não engendrassem elaborado planejamento.

Concluiu que a impugnante buscou uma construção artificial e que teve como intuito único e exclusivo dificultar a análise por parte da fiscalização do real motivo da reorganização societária. Ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência sem propósito negocial, teria pretendido a impugnante induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda, agindo, portanto, com dolo de sonegar e fraudar. Dessa forma, qualificou a multa.

Formalizou os autos de infração relativos ao IRPJ e CSLL, com a glosa da amortização do ágio e aplicou a multa isolada por falta de recolhimento da estimativa.

A ciência dos mencionados documentos de lançamento ocorreu de forma pessoal, conforme fls. 1697 e 1698, no dia 12 de dezembro de 2016.

Informado com o lançamento, o interessado apresentou impugnação (fls. 1706 a 1757), por meio de solicitação de juntada, no dia 10/01/2017 (fl. 1705), a qual aceita (fl. 2510). Basicamente, defende que:

1 – a validade e legitimidade de todas as operações realizadas pelo grupo Experian em relação ao processo de aquisição continuada das ações da Requerente no ano-calendário de 2007 e a regularidade quanto à amortização do ágio correspondente pela Requerente no período de 2007 a 2010 foram ratificadas pelo CARF no acórdão 1201-001.507, de 14/09/2016;

2 – a sociedade holding Experian Brasil não pode ser considerada empresa veículo, com único fim de gerar benefícios fiscais, pois possuía razões empresariais e econômicas legítimas para utilizar a holding Experian Brasil nas diversas aquisições de ações fracionadas da Requerente junto a terceiros não relacionados. As razões mencionadas são:

2.1 - eficiência financeira e operacional nas operações de câmbio;

2.2 - pagamentos em Reais nas aquisições fracionadas de ações no Brasil em detrimento de pagamentos a partir do exterior;

2.3 – maior facilidade operacional de manutenção e atualização do registro de capital estrangeiro junto ao Banco Central;

2.4 – maior conforto nas negociações com acionistas brasileiros, especialmente os minoritários;

3 – foram cumpridos todos os requisitos legais autorizativos à amortização e dedução do ágio;

4 – a Experian Brasil foi a “real adquirente” do investimento;

5 – a fundamentação econômica do ágio foi demonstrada tempestivamente;

6 – As operações não foram estruturas em seqüência e tampouco as reorganizações societárias foram desprovidas de substância econômica. Ademais, o Fisco teria aplicado o parágrafo único do art. 116 do CTN, o qual carece de regulamentação;

7 – os ganhos de capital auferidos pelos acionistas vendedores foram tributados;

8 – não se trata de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio e por isso não caberia a aplicação da multa qualificada de 150%;

9 – a multa isolada de 50% não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício básica ou qualificada.

A síntese dos argumentos de defesa estão reproduzidos a seguir:

(i) Acórdão 1201-001.507. de 14.9.2016 - preliminarmente, essa I. D RJ deve levar em consideração que os mesmos fatos discutidos neste caso já foram analisados pelo E. CARF no Acórdão 1201-001.507, de 14.9.2016 (doc. nº 5, acima), tendo esse colegiado concluído pela validade e legitimidade de todas as operações realizadas pelo grupo Experian em relação ao processo de aquisição continuada das ações da Requerente no ano-calendário de 2007, tendo sido também expressamente reconhecida a regularidade quanto à amortização do ágio correspondente pela Requerente no período de 2007 a 2010, devendo essas mesmas conclusões serem aplicadas neste processo;

(ii) as premissas equivocadas da D. Fiscalização - a sociedade holding Experian Brasil não poderia ser considerada como um mero veículo utilizado pelo grupo Experian de forma abusiva, com o único fim de gerar benefícios fiscais. Ao contrário do que equivocadamente supôs a D. Fiscalização, o grupo Experian tinha razões empresariais e econômicas legítimas para utilizar a holding Experian Brasil nas diversas aquisições de ações fracionadas da Requerente junto a **terceiros não relacionados**. Tais razões, como ficou acima demonstrado, eram empresariais e operacionais e, portanto, existiam de forma independente dos aspectos tributários discutidos nestes autos;

(iii) a premissa correta / razões empresariais - o propósito maior almejado pelo grupo Experian era o de alcançar eficiência financeira e operacional nas operações de câmbio que seriam necessárias para viabilizar todo o complexo processo de

aquisições fracionadas de ações da Requerente, com pagamentos que chegaram a totalizar 57 transferências bancárias feitas pela Experian Brasil para mais de 40 acionistas vendedores, ao longo de um prazo contratual inicialmente estipulado em até seis meses;

(iv) ao optar por capitalizar a holding Experian Brasil e fazer com que essa sociedade efetuasse no País as aquisições fracionadas de ações da Requerente, o grupo Experian pôde concentrar os volumes financeiros das operações de câmbio em apenas quatro aportes de capital feitos na própria holding, ao invés de ser obrigado a efetuar 57 operações e câmbio distintas, levando evidentemente a melhores possibilidades de negociação de taxas de câmbio e tarifas associadas;

(v) além disso, no início de todo o processo de aquisição da Requerente, o grupo Experian não sabia ao certo quantas aquisições teria de fazer até chegar aos 70% do capital contratualmente acordado. Por isso, fazia mais sentido manter a holding Experian Brasil atuando nessas aquisições fracionadas de ações no País, com pagamentos em Reais, que efetuar todo esse processo desde o exterior;

(vi) também associado a questões de câmbio estava a maior facilidade operacional de manutenção e atualização do registro de capital estrangeiro detido na Requerente junto ao Banco Central, que seria muito mais fácil e previsível de ser feita em caso de capitalizações feitas pelo próprio grupo, que em um eventual cenário de aquisições de participações fracionadas feitas diretamente por sociedades estrangeiras;

(vii) por fim, pretendia-se, ainda, oferecer maior conforto nas negociações com acionistas brasileiros, especialmente os minoritários, que contratariam com sociedade brasileira e receberiam pagamentos a partir de TEDs previstas no Sistema de Pagamentos Brasileiro, que são claramente mais diretas e simples que operações internacionais de câmbio. Com isso, esperava-se facilitar ao máximo a operacionalização do processo de aquisições de minoritários como um todo, permitindo o devido cumprimento dos prazos contratualmente acordados;

*(viii) cumprimento de todos os requisitos legais autorizativos à amortização e dedução - os próprios fatos discutidos neste caso, por si só, deixam claro que o ágio ora discutido é válido e legítimo, pois decorreu: (1) de aquisição entre **PARTES NÃO-RELACIONADAS**; (2) com EFETIVO PAGAMENTO de preço; (3) com **TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL** pelos vendedores; (4) com **ESTUDOS PRÉVIOS** à aquisição, confirmados em **LAUDO DE AVALIAÇÃO** de empresa independente e especializada; e, sobretudo, (5) com **PROPÓSITOS NEGOCIAIS NÃO TRIBUTÁRIOS**;*

(ix) a Experian Brasil era a "real adquirente" do investimento – ao contrário do que supõe a D. Fiscalização, a Experian Brasil efetivamente figurou como a "real adquirente" das ações da

Requerente, já que, nos termos do artigo 481 do Código Civil, ela foi a verdadeira parte compradora da participação societária junto aos acionistas vendedores, não ocorrendo qualquer interposição de pessoas. E, ainda que assim não fosse, o que se considera apenas para argumentar, a alegação do Fisco se baseia em procedimento previsto em regras contábeis publicadas anos depois de ocorridos os fatos discutidos neste caso, não sendo aplicáveis neste caso. Mas mesmo que fossem, essas regras seriam aplicáveis de forma completamente diversa do que pretende a D. Fiscalização;

(x) a Experian Brasil não pode ser considerada como uma "sociedade veículo" - a Experian Brasil não poderia tampouco ser considerada como uma "sociedade veículo", na medida em que apresentava razões empresariais verdadeiras, como já reconhecido expressamente pelo E. CARF em 14.9.2016 no Acórdão 1201-001.507 (doc. nº 5, acima). Além disso, o mero fato de o grupo Experian ter adquirido participação na Requerente por meio de uma sociedade holding local não lhe tiraria o direito à amortização do ágio;

(xi) a demonstração da fundamentação econômica do ágio de forma tempestiva - a D. Fiscalização se equivoca quanto à tempestividade da demonstração da justificativa econômica do ágio, limitando-se a analisar o documento produzido pela KPMG. Os estudos internos preparados pelo grupo Experian em março de 2007 (meses antes da aquisição das ações da Requerente) são documentos hábeis e idôneos a comprovar a fundamentação econômica desses valores, servindo para fins do disposto no artigo 20, § 3o, do DL 1.598/77;

(xii) indevida desconsideração de operação válida e legítima / opção fiscal do grupo Experian - não houve qualquer "operação estruturada em sequência", "sociedade efêmera", "incorporação às avessas" ou "reorganizações societárias desprovidas de substância econômica", sendo essas alegações uma indevida tentativa de aplicação do disposto no artigo 116, parágrafo único, do CTN pelo Fisco. Ocorre que além de carecer de regulamentação, essa regra não pode ser aplicada a este caso, pois, diante de todas as adversidades que poderiam surgir no caso de uma aquisição realizada diretamente do exterior (variações monetárias, restrições por parte dos vendedores, maior custo para internalização de recursos e registros de capital estrangeiro perante o Banco Central do Brasil, etc), a opção empresarialmente mais apropriada para o grupo Experian seria adquirir a participação societária na Requerente por meio de uma sociedade holding estabelecida no País. Trata-se, aliás, de uma opção fiscal que não pode ser desconsiderada pela D. Fiscalização, como leciona MARCO AURÉLIO GRECO, autor diversas vezes referido no Termo de Verificação Fiscal;

(xiii) a tributação dos ganhos de capital auferidos pelos acionistas vendedores - tratando-se de ágio reconhecido a partir de operações que levaram à correspondente tributação dos ganhos de capital auferidos pelos mais de 40 vendedores, tanto a

jurisprudência quanto a doutrina reconhecem a sua validade e a possibilidade de amortização e dedução para fins fiscais, na medida em que uma das razões para o legislador permitir a dedução das despesas de amortização fiscal de ágio é a intenção de incentivar as fusões e aquisições de empresas nacionais, levando à tributação imediata do ganho de capital do vendedor e autorizando, por outro lado, a amortização fiscal do ágio do comprador de forma apenas diferida, em pelo menos cinco anos;

(xiv) multa qualificada de 150% - a severa e desproporcional multa de 150% aplicada pela D. Fiscalização deve ser prontamente afastada, pois, nos termos da legislação aplicável e jurisprudência já consolidada na esfera administrativa, essa penalidade somente poderia ser imposta em casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. Contudo, é claro que este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio. Além de os fatos ora discutidos já terem sido objeto de análise pelo E. CARF, validação pelo CADE e terem sido amplamente divulgados não só no Brasil, como no exterior pela Experian plc, matriz do grupo Experian que tem ações negociadas na Bolsa de Valores de Londres, a Requerente ainda registrou todas as operações em sua contabilidade e todos os atos respectivos foram devidamente apresentados às Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis. A Requerente sempre recebeu a D. Fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão; e

*(xv) multa isolada de 50% - a multa isolada de 50% não pode ser exigida de forma concomitante com a multa de ofício ou a qualificada, tendo em vista não apenas a posição já sumulada pela E. CSRF a esse respeito (Súmula nº 105, de 8.12.2014) e a necessidade de aplicação do **princípio penal da consuncão**, como também esclarecem diversos **precedentes do E. STJ e do próprio E.CARF**. Como visto, as alegações da D. Fiscalização de que a Lei 11.488/07 teria supostamente alterado o artigo 44 da Lei 9.430/96 para autorizar a aplicação de duas penalidades distintas são manifestamente equivocadas, e já foram expressamente rechaçadas pela jurisprudência administrativa e judicial mais recente.*

Do pedido

Requer o cancelamento dos autos de infração e protesta pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários."

A DRJ/Belo Horizonte proferiu, então, o Acórdão ora recorrido (fls. 2.517 a 2.545), no qual:

a) rejeitou a aplicação ao presente caso de decisão administrativa relacionada com o mesmo sujeito passivo, por não ser definitiva, pela ausência de efeito vinculante e por, no seu entender, contrariar jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais;

b) considerou ausente condição essencial para a amortização fiscal do ágio, qual seja, que as investidoras originárias e a investidas se transformassem em uma só universalidade;

c) entendeu ausente propósito comercial, posto que a única causa para a aquisição da Impugnante pela Sociedade Experian Brasil teria sido a economia tributária que, conforme jurisprudência pacífica, não poderia ser utilizada para, *"por si só, construir um planejamento tributário, quando a opção utilizada não está claramente permitida ao contribuinte"*;

d) concluiu que *"não houve propósito comercial na aquisição das ações da impugnante pela Experian Brasil Ltda, que teve sua constituição e vigência apenas para proporcionar vantagens às reais adquirentes"*, quais sejam viabilizar a futura amortização fiscal do ágio;

e) refutou a alegação de que teria sido indevidamente aplicado o art. 116 do CTN, já que a autoridade fiscal não teria invocado tal dispositivo, mas alegado o dolo da Impugnante, *"ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à dedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação societária que ocorreria sem propósito comercial"*, o que seria compatível com a hipótese do art. 149, inciso VII, do mesmo CTN;

f) entendeu que *"a tributação do ganho de capital pelos vendedores não valida a amortização fiscal do ágio, que deve observar os requisitos legais para ser aceita"*;

g) manteve a aplicação da multa qualificada, uma vez que considerou que o conjunto probatório dos autos revela a intenção de reduzir o tributo de maneira dolosa;

h) rejeitou a impossibilidade de aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas com a multa de ofício sobre o tributo apurado ao final do período de apuração, por decorrerem de infrações distintas;

i) sobre a mesma infração, afastou a aplicação no Direito Tributário do Princípio da Consunção (Absorção) do Direito Penal;

j) por fim, refutou a aplicação ao caso da Súmula CARF nº 105, por tratar do texto legal anteriormente da alteração promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007;

k) manteve a incidência dos juros de mora, calculados à taxa Selic, sobre a multa de ofício, por considerar existir previsão legal para tanto;

l) em último lugar, rejeitou o pedido de produção de novas provas, por não estarem presentes as condições exigidas pela legislação para possibilitar a apresentação de provas após a Impugnação.

Intimado da decisão de primeira instância, em 26 de abril de 2017 (fl. 2.553), o sujeito passivo apresentou, em 25 de maio de 2017, o Recurso Voluntário de fls. 2.556 a 2.613, por meio do qual repete, basicamente, o teor da Impugnação apresentada, acrescentando que:

a) a previsão contratual de alienação apenas para sociedade constituída e existente de acordo com as leis brasileiras não evidencia qualquer ato doloso ou abusivo, mas apenas comprova se tratar da preferência empresarial dos próprios vendedores quanto à forma de estruturação do negócio, como se observa pela expressão "alienadas", e não "adquiridas";

b) a incorporação da *holding* Experian Brasil não foi abusiva, despropositada ou destinada exclusivamente a gerar benefícios fiscais indevidos "sem coerência com a realidade", mas que objetivava: (i) a conclusão do processo fracionado e continuado de aquisição da Recorrente; (ii) a conclusão dos objetivos sociais pelos quais a *holding* havia sido adquirida e permanecido em atividade por seis meses; (iii) a intenção do grupo de manutenção de estrutura societária simples, mas válida e legítima;

c) não seria possível considerar uma sociedade *holding* brasileira como "veículo" abusivo e desprovido de substância econômica, unicamente devido à falta de empregados próprios e à suposta utilização de "mão-de-obra terceirizada";

d) a lógica econômica que teria orientado o legislador a autorizar a dedutibilidade das contrapartidas de amortização de ágio em no mínimo cinco anos e a mantê-la mesmo sob a égide da Lei nº 12.973, de 2014, seria o fato de os vendedores dessas participações adquiridas com ágio oferecerem, integral e imediatamente à tributação, os ganhos de capital auferidos, o que legitimaria ainda mais o ágio registrado no presente caso;

e) inexistiria base para a desconsideração da forma pela qual se deu a aquisição da Recorrente pela Experian Brasil, sua incorporação pela Recorrente e os correspondentes efeitos fiscais. Tanto o parágrafo único do art. 116 do CTN quanto o art. 149, inciso VII, do mesmo Código seriam inaplicáveis ao caso, por não ter havido qualquer ação dolosa por parte da Recorrente;

f) sob o ponto de vista jurídico, não há qualquer vinculação, no conceito de compra e venda, acerca da origem dos recursos ou à forma específica pela qual deva ocorrer a operação;

g) sob o ponto de vista contábil, o patrimônio da entidade não se confundiria com aqueles dos seus sócios ou proprietários, no caso de sociedade ou instituição, sejam eles residentes no País ou não-residentes, assim, não seria adequado o raciocínio de que o fato de uma sociedade ter sido capitalizada pelos seus sócios faria com que os recursos correspondentes à capitalização continuassem a pertencer aos seus sócios, Pelo contrário, pertenceriam à própria entidade, que poderia utilizá-los de forma autônoma;

h) não haveria a necessidade de "confusão patrimonial" entre a Recorrente e a Gus Overseas e a Gus Europe, já que, com a incorporação da Experian Brasil pela Recorrente, todos os requisitos legalmente previstos para que o ágio registrado na aquisição pudesse ser amortizado e dedutível para fins fiscais teriam sido devidamente preenchidos;

i) o fato de a decisão recorrida minimizar e desqualificar as razões de natureza financeira para a existência da Experian Brasil e condicionar a sua efetiva existência à presença de empregados próprios teria conduzido a conclusão completamente descabida;

j) a mera detenção de participação societária, administração de recursos ou atuação como adquirente de participação societária não exigiria a contratação de empregados pela *holding*, para que restasse configurado o seu profissionalismo ou propósito existencial;

k) não existiria qualquer artifício astucioso, indução em erro ou vontade de enganar por parte da Recorrente, de modo que não a operação não poderia ser "requalificada", uma vez que inexistira ato doloso. Todos os atos teriam sido praticados da forma como juridicamente estruturados;

l) nada haveria de artificial na operação, capaz de ensejar a imposição da multa qualificada de 150%. Não teria havido "transferência" de ágio. Todo o processo de aquisição da Recorrente pela Experian Brasil teria sido feito às claras, com razões empresariais para justificar cada movimentação e cada transferência e os valores correspondentes ao custo de aquisição teria sido efetivamente pagos com recursos próprios dessa sociedade holding aos vendedores (terceiros não relacionados);

m) a dúvida quanto à natureza da penalidade aplicável teria ficado mais evidente se considerada sob a perspectiva da Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2016, face ao conflito de interesse;

n) na hipótese de decisão por voto de qualidade, ter-se-ia igualmente clara a dúvida objetiva, de modo a incidir o art. 112 do CTN.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator

1. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, em 26 de abril de 2017 (fls. 2.546 a 2.553), tendo apresentado Recurso Voluntário em 25 de maio de 2017, dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado por Procuradores, devidamente constituídos conforme fls. 2.617 a 2.623.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 2º, incisos I e IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

2. DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO - FUNDAMENTOS

A controvérsia posta nos autos diz respeito à possibilidade de a Recorrente amortizar ágio pago na sua aquisição por meio da pessoa jurídica Experian Brasil Aquisições Ltda, posteriormente incorporada pela Recorrente, quando os recursos para a referida aquisição foram provenientes de terceiras empresas, com sede no exterior (GUS OVERSEAS e GUS EUROPE).

Segundo a autoridade fiscal "*a verdadeira operação engendrada pelo contribuinte fiscalizado foi a criação da empresa veículo EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA e a sua posterior incorporação pelo próprio fiscalizado, tendo como único objetivo amortizar o ágio, que de fato foi pago pelas empresas GUS OVERSEAS e GUS EUROPE, visando única e exclusivamente a redução indevida do pagamento de tributos*".

Conforme Acórdãos trazidos pela Recorrente, algumas decisões do CARF tem reconhecido a legitimidade da amortização em situações semelhantes à ora sob análise (com a importante ressalva de que algumas das decisões invocadas não se amoldam ao caso sob apreciação, outras já foram revertidas no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, em favor da Fazenda Nacional, e outras, por fim, estão pendentes de apreciação por parte da CSRF).

Contudo, observa-se, de outra banda, decisões do CARF em sentido contrário e a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) tem, recorrente e uniformemente, decidido pela impossibilidade da amortização em situações exatamente similares àquela de que tratam os autos, conforme Acórdãos nº 9101-002.213 - 1ª Turma (sessão de 3 de fevereiro de 2016, Relator Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão), nº 9101-002.301 - 1ª Turma (sessão de 6 de abril de 2016, Relator Conselheiro André Mendes de Moura), nº 9101-002.470 - 1ª Turma (sessão de 21 de novembro de 2016, Relator Conselheiro Rafael Vidal de Araújo), nº 9101-002.803 - 1ª Turma (sessão de 10 de maio de 2017, Redator designado Conselheiro André Mendes de Moura), nº 9101-002.960 - 1ª Turma (sessão de 4 de julho de 2017, Relatora Conselheira Adriana Gomes Rêgo), nº 9101-002.962 - 1ª Turma (sessão de 4 de julho de 2017, Relatora Conselheira Adriana Gomes Rêgo), nº 9101-003.006 - 1ª Turma (sessão de 8 de agosto de 2017, Relator Conselheiro Rafael Vidal de Araújo), nº 9101-003.060 - 1ª Turma (sessão de 12 de setembro de 2017, Redator designado Conselheiro André Mendes de Moura), e nº 9101-003.074 - 1ª Turma (sessão de 12 de setembro de 2017, Relator Conselheiro André Mendes de Moura), cujas ementas basicamente repetem o teor das seguintes decisões:

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

Ano-calendário: 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um 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 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). 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.

CSLL. DECORRÊNCIA.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável." (Acórdão nº 9101-

003.130 - 1ª Turma, sessão de 3 de outubro de 2017, Redator designado Conselheiro André Mendes de Moura)

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

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

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e 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 tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

TRIBUTAÇÃO REFLEXA Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razões que ensejem tratamento diverso, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ." (Acórdão nº 9101-003.132 - 1ª Turma, sessão de 3 de outubro de 2017, Redator designado Conselheiro Rafael Vidal de Araújo)

A matéria, portanto, se não está pacificada (posto que a maior parte das referidas decisões foi tomada pelo chamado "voto de qualidade"), encontra-se consolidada no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

A par disso, conquanto o entendimento da CSRF não seja vinculante, a profundidade da análise reiteradamente empreendida sobre a matéria deve, ao menos, servir de abalizado subsídio para a apreciação da matéria pelos demais julgadores, de modo a construir a tão almejada segurança jurídica.

Trago, portanto, a lição do eminente Conselheiro André Mendes de Moura, no Acórdão nº 9101-003.130, traçando com clareza e densidade, a análise histórica e sistêmica sobre o tema, e cujas razões adoto como fundamento do meu voto:

"I. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

*Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.*

Interessante é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

*Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades.*

***Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado goodwill, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.*

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a

diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do 'goodwill'.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

*Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.*

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do 'goodwill'. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

*Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.*

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

*Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.*

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

*E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, sendo a **investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.*

Não por acaso, são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

*No primeiro evento, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, o **ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:*

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

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

(...)

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;
III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

*Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto de **alienação ou liquidação**.*

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

*Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.*

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

(Vigência)

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

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

(Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em

logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com

a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

*Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi **um maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.*

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

*E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:*

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). (grifei)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios

futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

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

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

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

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

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

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

*Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.*

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

*Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.*

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99.

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

*Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.*

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

*Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas, independente sua espécie, derivadas de operações atípicas,** não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.*

*Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.*

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

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).

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou

deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

(...)

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

*Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **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.*

*A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA.*

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência 'se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade'.

*Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da 'qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária'.*

*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 pólo 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**.*

*Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (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...). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a*

*amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.*

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

*Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.***

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

*Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **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', ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.*

*Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.***

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

*Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o conseqüente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o conseqüente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por conseqüência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.*

8. Consolidação

*Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.*

*A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. **Quem viabilizou a aquisição? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço?** Respondo: a **investidora originária**.*

*Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.*

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

*Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.*

*Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990."*

3. DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO - CASO CONCRETO

Como reconhecido em diversos momentos nos autos, a criação e capitalização da Experian Brasil Aquisições Ltda teve por objetivo a aquisição da participação societária na Recorrente.

Fica evidente, desde logo, portanto, que a decisão de adquirir a referida participação societária e a expectativa sobre a rentabilidade futura da Recorrente jamais foram da Experian Brasil Aquisições Ltda, mas daqueles que realizaram a sua criação e capitalização.

Como se lê no Recurso Voluntário, a aquisição da Recorrente foi decisão do grupo EXPERIAN, que, então, operava no Brasil por meio das pessoas jurídicas Experian Brasil Ltda e Experian Marketing Services Ltda.

É o que se lê, textualmente, também no documento de fls. 697 a 710:

Perseguindo sua estratégia de crescimento nos principais mercados em que atuava, faltava à EXPERIAN desenvolver no mercado brasileiro sua atuação no segmento de coleta, compilação, tratamento, análise e disponibilização de informações, ou seja, sua atuação como um "bureau de crédito", para fornecimento de informações para crédito.

Para tanto, diligenciou o mercado brasileiro e identificou na Serasa S.A., a oportunidade de implementar sua estratégia de crescimento.

(...)

Nesse contexto, dadas as características operacionais dos investimentos mantidos pela EXPERIAN no Brasil, bem como os seus respectivos objetivos sociais, as partes envolvidas na negociação da participação acionária da Serasa S.A. consideraram que a concretização do negócio exigiria, como condição, que fosse implementado com outra empresa que não as mantidas pela EXPERIAN. Referida empresa veio a chamar-se Experian Brasil Aquisições Ltda.

Conforme se constata das 2ª a 5ª alterações contratuais da Experian Brasil Aquisições Ltda (fls. 76 a 124), os recursos para a capitalização da Experian Brasil Aquisições Ltda tiveram como origem as sociedades GUS EUROPE HOLDINGS BV e GUS OVERSEAS HOLDINGS BV (após uma aquisição simbólica por R\$ 100,00), integrantes do grupo EXPERIAN, conforme fls. 170 e 171.

A Experian Finance, PLC (Controladora do Grupo EXPERIAN) figura como Garantidora no Contrato firmado para a compra e venda da Recorrente (fls. 717 a 766), sendo que a demonstração da capacidade financeira para a operação é baseada em suas demonstrações financeiras, conforme cláusula 7.1(d).

A Experian Finance, PLC figura, ainda, na Cláusula 11.5(a) como "*principal pagadora das obrigações de pagamento da Compradora*".

Fica evidente, portanto, que tanto do lado dos alienantes, quanto do lado dos adquirentes, não havia dúvidas de que a aquisição estava sendo realizada pelo Grupo EXPERIAN, com o sacrifício financeiro suportado por empresas integrantes deste grupo (na prática, GUS EUROPE HOLDINGS BV e GUS OVERSEAS HOLDINGS BV).

Neste contexto, a Experian Brasil Aquisições Ltda era mero instrumento de realização da transação.

Jamais a Experian Brasil Aquisições Ltda foi a investidora, aquela que "*efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição*".

As pessoa jurídicas investidoras, como bem apontado pela autoridade fiscal, são a GUS EUROPE HOLDINGS BV e GUS OVERSEAS HOLDINGS BV:

"As empresas situadas no exterior GUS OVERSEAS e GUS EUROPE foram as reais adquirentes da SERASA S.A.. A empresa veículo EXPERIAN BRASIL somente foi utilizada como veículo para receber o capital necessário à aquisição da SERASA com ágio e em seguida ser incorporada por esta a fim de dar início à amortização fiscal do ágio e, por conseguinte, reduzir o lucro tributável. No entanto, verifica-se que ao final das "reestruturações societárias" ora sob análise, as empresas

no exterior GUS OVERSEAS e GUS EUROPE, reais adquirentes da SERASA, continuam detentoras de participação societária desta, não tendo ocorrido a confusão patrimonial com a adquirida SERASA. Esta, no entanto, em decorrência do planejamento tributário realizado, passou a amortizar fiscalmente o ágio pago em sua própria aquisição."

Assim, o fato de a Recorrente incorporar a Experian Brasil Aquisições Ltda jamais se amolda à previsão legal para a amortização do ágio pago na sua aquisição, posto que ausente em tal operação as investidoras, que são as destinatárias da norma legal.

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

A amortização operada pela Recorrente 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 seja 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.

Caso analisemos a amortização do ágio sob a ótica de despesa e, tendo em vista o que discorremos nos itens 5 e 6 do Tópico anterior, podemos concluir que, *in casu*, houve a odiosa construção artificial do suporte fático de modo a conferir a aparência de uma operação abrangida pelo dispositivo legal que permite a amortização do ágio pago.

Tal fato já se evidencia pela efemeridade e artificialidade da empresa Experian Brasil Aquisições Ltda. Criada como "empresa de gaveta", em 2006, foi adquirida pela EXPERIAN em junho de 2007, pelo valor de R\$100,00. Recebeu aportes para aumentar seu capital social em julho de 2007 (R\$ 2.251.021.660,00), agosto de 2007 (R\$ 73.811.248,00) e setembro/outubro de 2007 (R\$ 81.248.299,00), ao mesmo tempo em que adquiriu o controle acionário da Recorrente. Finalmente, foi incorporada pela Recorrente em dezembro de 2007.

Fica patente a utilização de empresa sem nenhuma substância, com o propósito deliberado de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável.

O Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.617 a 1.677 dedicou todo o tópico 4.1 para analisar o que chamou de "falta de propósito negocial" da operação, sendo destacado ali:

"4.1.1 Operações estruturadas em sequência

(...)

O caso em foco é composto de operações estruturadas em sequência, vale dizer, de uma sequência de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou

negocial encadeado com o intuito de obter determinado efeito Fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada como a que ora está sendo examinada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única. Nesta hipótese, cumpre examinar se há motivos autônomos ou não, pois, se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

No caso examinado, nenhum motivo autônomo se apresenta nos autos que venha a justificar a realização de cada uma das etapas da operação. Isto é, não existia uma finalidade diferente para cada etapa das operações que as justificasse. A finalidade era uma única e somente seria obtida ao término de todas as etapas, ou seja, a redução indevida do pagamento de tributos em função da amortização de um ágio artificialmente introduzido na SERASA S.A.

(...)

4.1.2 Incorporação às avessas - a empresa veículo EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA adquire, com ágio, 70% das ações da SERASA S.A. e logo em seguida é incorporada pela controlada

(...)

A legislação reconhece esta figura de caráter inverso (controlada incorporando a controladora), mas isto não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto, pois esta operação inversa pode, eventualmente, estar sendo realizada abusivamente ou como negócio indireto em desrespeito à lei (talvez não à lei societária que regula a incorporação, mas à lei tributária ou outra lei relevante aplicável ao caso concreto).

A incorporação às avessas apresenta-se como hipótese fora do perfil objetivo do instituto jurídico e, por isso, demanda uma razão específica relevante que afaste a estranheza da operação e que mostre sua perfeita adequação à realidade fática do caso.

No caso em questão, em etapa anterior à “incorporação às avessas”, a SERASA S.A. tornou-se controlada da EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA pela aquisição, por esta

última, com ágio, de 70% de suas ações, deste fato resultando uma situação inusitada: a empresa de pequeno porte, que até então não havia realizado qualquer operação econômica, constituída inicialmente com capital social de apenas R\$ 100,00 (cem reais), posteriormente aumentado com o fim específico de adquirir 70% das ações da SERASA S.A. que, por sua vez, possuía na ocasião um capital social de R\$196.350.465,24 e

Receita de Prestação de Serviços no valor de R\$ 745.867.351,97 no período entre 01/01/2007 e 13/12/2007.

Portanto, não há qualquer razão específica sustentável, a não ser o desejo de dedutibilidade das despesas de amortização do ágio, para a ocorrência da referida incorporação às avessas.

4.1.3 Inexistência operacional e administrativa da EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA

O elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal; tão ou mais importante, em matéria tributária, que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição, é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional. A ideia de empresa é o núcleo a ser investigado. O próprio Código Civil dá a definição de empresa, no “caput” do artigo 966, ao dispor: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Vale dizer, a atividade econômica é materializada pela produção e circulação de bens e serviços mediante organização de fatores de produção, por exemplo, capital, trabalho, matéria-prima etc.

A empresa EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA, conforme consta na DIPJ 2007, ano-calendário 2006, estava inativa. Já na DIPJ 2007, ano-calendário 2007, informou que não possuía empregados, e que não realizou despesas operacionais a título Remuneração a Dirigentes, Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício e Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica. Todavia, quando questionada pela fiscalização através do Termo de Intimação Fiscal nº 02 (do processo 10880.734249/2011-79) a esclarecer “quem foram os responsáveis operacionais pela compra das ações da SERASA S.A., pelos pagamentos dessas ações, pelos controles e movimentações das contas bancárias, pelo pagamento das despesas da sede da empresa (aluguel, luz, condomínio, outras) e por outras atividades da empresa”, o contribuinte informou em resposta ao referido Termo que “os responsáveis operacionais pela compra das ações da SERASA S.A. foram os administradores da EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA, os quais contaram com a colaboração de prestadores de serviço contratados para a execução de assessoria contábil e administrativa.”

Ora, se o contribuinte não remunera dirigentes e não possuiu qualquer despesa a título de Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício e Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica, como foi possível o mesmo ter contratado esses serviços? Houve prestação de serviço sem remuneração? Os dirigentes trabalharam sem remuneração?

A resposta é que, de fato, a empresa veículo EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA não possuía qualquer estrutura operacional e administrativa.

Mais uma vez fica claro que a única função da EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA, no conjunto de operações realizadas, foi servir de veículo para a criação do ágio carreado indevidamente para dentro da empresa SERASA S.A. e posterior amortização contábil e tributária do mesmo, e nada mais.

4.1.4 Curta duração da existência da EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA

(...)

O simples fato de a sociedade ser efêmera não significa haver contaminação na operação. Podem existir razões suficientes que levem à extinção imediata da pessoa jurídica ou mesmo à sua constituição de manhã e à sua extinção à tarde, por exemplo, caso algum fato externo venha a justificar tal operação. Não é pelo simples fato de ser efêmera que a operação estará contaminada, mas ser efêmera gera uma interrogação quanto ao motivo pelo qual foi efêmera. Por que foi criada e extinta em tão pouco tempo? Por vezes, dentro de um planejamento, a sociedade é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio ou recurso em trânsito para uma outra pessoa jurídica, eventualmente ligada à figura do ágio. Feito isto, pode ser extinta.

(...)

4.1.5 Improcedência da motivação alegada pelo fiscalizado da necessidade da constituição e posterior aquisição da empresa EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA

(...)

Intimada através do Termo de Intimação Fiscal nº 03 (do processo 10880.734249/2011- 79) a esclarecer o motivo de as sociedades estrangeiras GUS EUROPE e GUS OVERSEAS não terem adquirido diretamente 70% das participações na SERASA, mas através da EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES LTDA, a fiscalizada justificou-se através dos mesmos argumentos já previamente apresentados no Esclarecimento 3 da alínea “a” do item 3.2.2 deste Termo de Verificação Fiscal, cujos comentários feitos pela fiscalização encontram-se logo abaixo do referido esclarecimento.

Ainda acerca das justificativas de tal operação, o contribuinte conclui em sua resposta:

“Neste contexto, do ponto de vista estritamente jurídico, fosse possível a aquisição do controle acionário da SERASA S.A diretamente pelas sociedades acima mencionadas (GUS EUROPE e GUS OVERSEAS), do ponto de vista comercial referida alternativa seria inviável por contrariar os interesses,

não somente das partes diretamente envolvidas, mas também dos acionistas minoritários que poderiam ser prejudicados”.

Ora, o fato da SERASA S.A. passar a ter como controlador uma empresa com sede no exterior em nada altera os direitos dos acionistas minoritários, uma vez que todos os acionistas estão sob a égide da legislação do Brasil.

Contudo, caso 70% das ações da SERASA S.A tivessem sido adquiridas diretamente pelas empresas GUS EUROPE e GUS OVERSEAS, o ágio pago por essa aquisição estaria registrado na contabilidade das empresa adquirentes sediadas no exterior e como consequência não haveria ágio algum a ser amortizado pela SERASA S.A. para reduzir o pagamento de tributos devidos pela mesma. Isso sim contrariaria os interesses das partes diretamente envolvidas."

Finalmente, conclui a autoridade fiscal:

"Diante de todo o exposto, em face da ausência de substância econômica ou de uma motivação extratributária na “reestruturação societária” empreendida pelo grupo GUS, e estando evidente que o único objetivo perseguido foi a indevida transferência do potencial direto à dedução de despesas do ágio pertencente à investidora estrangeira GUS EUROPE e a GUS OVERSEAS para a empresa investida SERASA S.A., tem-se que o ágio ilegitimamente projetado para dentro do sujeito passivo não pode gerar efeitos tributários oponíveis ao Fisco, não se admitindo o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização desse ágio desde o momento de sua transferência artificiosa e ilícita."

É sabido que a utilização do teste do "*propósito negocial*" (importado do direito estadunidense, pelo qual não devem produzir efeitos contra o Fisco os negócios jurídicos que tenham por finalidade única a obtenção da economia do tributo) ou a rejeição à ausência de motivação extra-tributária enfrentam fortes críticas por parte de doutrinadores e Conselheiros deste CARF.

De fato, a utilização de tais elementos deve ser realizada com extrema cautela, já que, no meu entender, o que deve ser combatido não é o planejamento tributário empreendido por meio de operação realizada sem propósito negocial ou sem motivação extratributária (o que pode ser plenamente lícito, vide o prosaico exemplo da escolha de um casal entre apresentar a declaração de rendimentos em conjunto ou em separado), mas aquele realizado por meio da dissociação entre a vontade expressa formalmente nos atos praticados e a real motivação para a sua prática.

Ricardo Lobo Torres (Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013) faz importante síntese acerca dos parâmetros de aproximação que podem ser utilizados nos casos de planejamento tributário:

"O problema da elisão fiscal está intimamente ligado ao das posições teóricas fundamentais em torno da interpretação do direito tributário.

O positivismo normativista e conceptualista defende, com base na autonomia da vontade, a possibilidade ilimitada de planejamento fiscal. A elisão, partindo de instrumentos válidos, seria sempre lícita. Essa posição foi defendida com veemência por Sampaio Dória.

O positivismo sociológico e historicista, com a sua consideração econômica do fato gerador, chega à conclusão oposta, defende a ilicitude generalizada da elisão, que representaria abuso da forma jurídica escolhida pelo contribuinte para revestir juridicamente o seu negócio jurídico ou a sua empresa. Amilcar de Araújo Falcão representou moderadamente essa orientação.

A jurisprudência dos valores e o pós-positivismo aceitam o planejamento fiscal como forma de economizar imposto, desde que não haja 'abuso de direito'. Só a elisão abusiva ou o planejamento inconsistente se tornam ilícitos.

(...)

O combate ao abuso do direito consiste, sobretudo, na busca de superação do posicionamento formalista e conceptualista, com o cuidado para não cair no exagero oposto do substancialismo, do historicismo ou do causalismo economicista.

No direito tributário vive-se, a partir dos anos 1990, na incessante procura do equilíbrio entre forma e substância, que só poderá ser obtido evitando-se o abuso das formas ('Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten Formen' dos alemães)."

Da mesma obra, extrai-se ainda a seguinte passagem atribuída ao tributarista italiano Victor Uckman:

"Enquanto no direito privado a 'rationale' da teoria do abuso consiste em proteger os direitos de outros indivíduos, no setor fiscal se utiliza o princípio para proteger os interesses do Estado frente à liberdade do contribuinte de utilizar as formas jurídicas que eleja para desenvolver as suas atividades produtoras de renda."

O que deve ser combatido, portanto, é o uso da liberdade negocial própria das pessoas jurídicas, para construir situações artificiais apenas e tão-somente visando à economia tributária, posto que contrária à boa-fé característica da moderna interpretação do Direito.

O fato é que, independentemente de a opção pela aquisição por meio da utilização da "empresa-veículo" ser uma opção válida do Grupo EXPERIAN, sob a ótica econômica, não pode, como já dito, ser utilizada como subterfúgio para conferir a aparência de uma operação abrangida pelo dispositivo legal que permite a amortização do ágio pago.

O atendimento a requisitos legais nos ramos civil e empresarial não tem repercussão na esfera tributária.

As supostas razões extrafiscais da Recorrente foram examinadas e refutadas adequadamente pela autoridade fiscal e pelo Acórdão recorrido (sem que qualquer contraponto

relevante tenha sido apresentado no Recurso Voluntário) e, mais importante, não se sustentam frente ao desfecho da operação, que foi a incorporação da Experian Brasil Aquisições Ltda pela Serasa (com a contestada amortização do ágio), distante do efetivo negócio ocorrido, a aquisição da Serasa pelas GUS EUROPE HOLDINGS BV e GUS OVERSEAS HOLDINGS BV.

Jamais há como se reconhecer, portanto, que a despesa de amortização do ágio criado em tais circunstâncias é usual, normal e necessária à atividade da Recorrente, de modo a ser admitida como redutora da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Por mais essa razão, portanto, deve ser negado provimento ao Recurso quanto à amortização do ágio e mantido o lançamento.

4. DA IMPOSIÇÃO DA MULTA QUALIFICADA

A aplicação da multa qualificada de 150% foi fundamentada pela autoridade fiscal na presença de sonegação e fraude, conforme arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, nos seguintes termos:

"Nesses termos, o que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude é o dolo. Significa, portanto, que basta evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa de ofício.

(...)

A idéia de má-fé está implícita na de dolo; todavia, esta é muito mais restrita do que aquela.

Providencial é a distinção, feita por Calo Alberto Funaioli, entre má-fé, dolo e fraude. Sendo o conceito de má-fé mais amplo, engloba os outros dois. Lembra, ainda, esse jurista que a boa e a má-fé são estados psicológicos subjetivos, são modos de ser do espírito humano.

Por outro lado, ensina que o dolo não é o conhecimento, a ciência de algo, mas o comportamento voluntário de induzir alguém em erro, uma atuação intencional e específica, nesse sentido, não-somente uma genérica ação de má-fé.

A fraude, completa o mesmo jurista, é o dolo em sentido mais restrito, é o comportamento malicioso para causar dano a outrem, ou a particular qualificação do engano, constituindo a mais específica e extrema aplicação do conceito de engano, contrapondo-se ao estado genérico da má-fé.

Comentando o presente artigo, objetivo o estudo do dolo como vício da manifestação da vontade, traçando seu conceito.

O dolo não existe sem o embuste, sem premeditação, sem vontade objetivando especificamente a causação de prejuízo, sem a vontade de enganar (animus decipiendi).

(...)

Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação societária sem propósito negocial, pretende induzir a fiscalização a avalizar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda."

A tentativa do sujeito passivo de enquadrar a situação como mera divergência de interpretação da legislação aplicável foi refutada pelo julgador *a quo*, para quem ficou demonstrada *"a ilicitude da conduta da impugnante, que deduziu indevidamente da base de cálculo do IRPJ e da CSLL valores decorrentes de operações sem propósito negocial e sem que houvesse a confusão patrimonial entre a investidora originária e a investida"*.

De fato, o dolo da Recorrente na prática dos atos é plenamente evidenciado nos autos, em seus elementos cognitivo e volitivo. Desde o princípio, a operação foi engendrada com o propósito definido de fazer parecer a situação abrangida pela norma permissiva da amortização do ágio, quando sabidamente não se estava diante dela.

A situação, portanto, enquadra-se perfeitamente às hipóteses dos dispositivos legais que fundamentam a qualificação da multa:

"Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento."

Diversos passos foram tomados, situações jurídicas fictícias foram formalizadas, tudo com o propósito de induzir o Fisco ao erro na apreciação dos fatos.

Não há como tal conduta receber a mesma punição prevista para os casos em que o contribuinte tão-somente deixa de realizar o pagamento ou faz uma declaração inexata isoladamente.

Há um *plus* na conduta, que faz merecer um *plus* na penalidade.

Em caso similar (Acórdão nº 9101-002.802 - 1ª Turma, sessão de 10 de maio de 2017), a Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu pela qualificação da multa, cabendo destacar trechos do voto da Relatora, Conselheira Adriana Gomes do Rego:

"Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos

terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.

(...)

Apesar de a redução do custo tributário ser uma meta válida na atividade empresarial, observa-se que aqui não está em discussão a ética empresarial, mas sim a legislação tributária, em cujo âmbito, a dissimulação do fato gerador ou a redução dissimulada do valor devido são considerados ilícitos tributários qualificados que dão ensejo à exasperação da multa de ofício."

É totalmente descabida a invocação da Recorrente ao art. 112 do CTN, posto não existir qualquer dúvida no caso em apreço.

Igualmente descabida a alegação de conflito de interesses, face a Medida Provisória nº 765, de 2016, que poderia ensejar impedimento dos Conselheiros Representantes da Fazenda Nacional, conforme explicitado na Portaria CARF nº 01, de 18 de janeiro de 2017.

Também não afasta a imposição da penalidade o fato de o ágio efetivamente ter sido pago, bem como o fato de os acionistas haverem submetido o ganho de capital à incidência do imposto de renda.

Tais fatos tem relevância naqueles planejamentos tributários em que há dúvida sobre a existência do próprio pagamento do ágio, como notadamente ocorre nas situações que envolvem pessoas relacionadas (o chamado "ágio interno").

No caso em apreço, não é disto que se trata. O pagamento do ágio não é contestado, mas a criação de uma pessoa jurídica e de atos negociais para camuflar uma operação que não possibilitava, à luz da legislação, a amortização do ágio pago.

Isto posto, voto pela manutenção da imposição da multa qualificada.

5. DA IMPOSIÇÃO DA MULTA ISOLADA

Adicionalmente, a pessoa jurídica argumenta, em seu Recurso, que a multa isolada pelo não recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL não poderia ser imposta após o encerramento do ano-calendário e em concomitância com a exigência de tais tributos com multa de ofício de 150%, uma vez que isso configuraria duplicidade de penalidade.

Ademais, no seu entender, a falta de pagamento do tributo estimado seria meio preparatório para a supressão do tributo apurado ao final do exercício.

A argumentação da Recorrente não merece ser acolhida.

Conforme art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, não há impedimento para a aplicação concomitante das referidas penalidades, que possuem bases de cálculo distintas:

"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; (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)"

A multa de ofício sobre o ajuste anual é embasada no inciso I c/c o §1º do referido dispositivo e calculada sobre a diferença de imposto apurada ao final do exercício; a multa isolada tem por base o inciso II, e é calculada sobre o valor devido no mês correspondente.

A primeira alegação da Recorrente é totalmente despida de sentido, já que o momento de aplicação da penalidade isolada é exatamente após o encerramento do ano-calendário. Antes disso, a autoridade fiscal exigirá o próprio tributo devido por estimativa. É essa a justificativa, portanto, para a Súmula CARF nº 82.

Quanto à concomitância e subsunção de penalidades, também não há razão para acolhê-las.

Os argumentos trazidos pela Recorrente para fundamentar a sua tese se referem à redação anterior do referido art. 44 (e que se apresentam em consonância com a Súmula CARF nº 105).

É que na redação original do dispositivo legal, a multa de ofício aplicada ao final do exercício e a multa pelo não recolhimento da estimativa tinham, ambas, como fundamento legal o inciso I do citado art. 44, razão pela qual se firmou a tese da inaplicabilidade concomitante.

Após a alteração da redação, promovida pela Lei nº 11.488, de 2007, entende-se plenamente cabível a aplicação concomitante das duas penalidades.

O Princípio da Subsunção, por outro lado, constitui-se em princípio geral do Direito Penal, sem transposição para o Direito Penal Tributário, dadas às especificidades da norma penal tributária.

Cabe neste momento a transcrição de trecho do voto da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, no Acórdão nº 9101-002.438 (1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sessão de 20 de setembro de 2016), de sua relatoria, que rejeita tanto a aplicação do Princípio em questão, quanto a vedação à concomitância das penalidades, como invocado pela Recorrente:

"Quanto à transposição do princípio da consunção para o Direito Tributário, vale a transcrição da oposição manifestada pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no voto condutor do Acórdão nº 1302001.823:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal stricto sensu. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o 'in dubio pro reo' do art. 112.

Oportuna, também, a citação da abordagem exposta em artigo publicado por Heraldo Garcia Vitta:

O Direito Penal é especial, contém princípios, critérios, fundamentos e normas particulares, próprios desse ramo jurídico; por isso, a rigor, as regras dele não podem ser

estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato, não se aplica norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico.[Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, p.212] Na hipótese de concurso de crimes, o legislador escolheu critérios específicos, próprios desse ramo de Direito. Logo, não se justifica a analogia das normas do Direito Penal no tema concurso real de infrações administrativas.

A 'forma de sancionar' é instituída pelo legislador, segundo critérios de conveniência/oportunidade, isto é, discricionariedade. Compete-lhe elaborar, ou não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, ocorre cúmulo material.

Aliás, no Direito Administrativo brasileiro, o legislador tem procurado determinar o cúmulo material de infrações, conforme se observa, por exemplo, no artigo 266, da Lei nº 9.503, de 23.12.1997 (Código de Trânsito Brasileiro), segundo o qual "quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades". Igualmente o artigo 72, §1º, da Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente: "Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações [administrativas, pois o disposto está inserido no Capítulo VI –Da Infração Administrativa] ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas". E também o parágrafo único, do artigo 56, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990, que regula a proteção do consumidor: "As sanções [administrativas] previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo".[Evidentemente, se ocorrer, devido ao acúmulo de sanções, perante a hipótese concreta, pena exacerbada, mesmo quando observada imposição do mínimo legal, isto é, quando a autoridade administrativa tenha imposto cominação mínima, estabelecida na lei, ocorrerá invalidação do ato administrativo, devido ao princípio da proporcionalidade.]

No Direito Penal são exemplos de aplicação do princípio da consunção a absorção da tentativa pela consumação, da lesão corporal pelo homicídio e da violação de domicílio pelo furto em residência. Característica destas ocorrências é a sua previsão em normas diferentes, ou seja, a punição concebida de forma autônoma, dada a possibilidade fática de o agente ter a intenção, apenas, de cometer o crime que figura como delito-meio ou delito-fim.

Já no caso em debate, a norma tributária prevê expressamente a aplicação das duas penalidades em face da conduta de sujeito passivo que motive lançamento de ofício, como bem observado pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no já citado voto condutor do Acórdão nº 9101-002.251:

[...]Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:*

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto: o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de

imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

*A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, portanto, claramente fixou a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. Somente desconsiderando-se todo o histórico de aplicação das penalidades previstas na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, seria possível interpretar que a redação original não determinou a aplicação simultânea das penalidades. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". Ademais, quando o legislador estipula na alínea "b" do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal **ainda que** tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, claramente afirma a aplicação da penalidade **mesmo se** apurado lucro tributável e, por conseqüência, tributo devido sujeito à multa prevista no inciso I do seu art. 44.*

Acrescente-se que não se pode falar, no caso, de bis in idem sob o pressuposto de que a imposição das penalidades teria a mesma base fática. Basta observar que as infrações ocorrem em diferentes momentos, o primeiro correspondente à apuração da estimativa com a finalidade de cumprir o requisito de antecipação do recolhimento imposto aos optantes pela apuração anual do lucro, e o segundo apenas na apuração do lucro tributável ao final do ano-calendário. A análise, assim, não pode ficar limitada, por exemplo, à omissão de receitas ou ao registro de despesas indedutíveis, especialmente porque, para fins tributários, estas ocorrências devem, necessariamente, repercutir no cumprimento da obrigação acessória de antecipar ou na constituição, pelo sujeito passivo, da obrigação tributária principal. A base fática, portanto, é constituída pelo registro contábil ou fiscal, ou mesmo sua supressão, e pela repercussão conferida pelo sujeito passivo àquela ocorrência no cumprimento das obrigações tributárias. Como esta conduta se dá em momentos distintos e com finalidades distintas, duas penalidades são aplicáveis, sem se cogitar de bis in idem."

Essa tem sido a jurisprudência dominante sobre o tema, inclusive no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme ilustra a ementa a seguir referenciada:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

(...)

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.

Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que foi alterada pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007." (Acórdão nº 9101-003.060 - 1ª Turma, sessão de 12 de setembro de 2017, Redator designado Conselheiro André Mendes de Moura)

Após a alteração da redação, entende-se, como já dito, plenamente cabível a aplicação concomitante das duas penalidades.

Desta forma, rejeito o Recurso apresentado também quanto a este tópico.

6. DA APLICAÇÃO DOS JUROS SOBRE A MULTA

Por fim, a Recorrente defende a impossibilidade de aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício imposta.

Mais uma vez, não há como se concordar com a tese defendida.

A incidência dos juros de mora sobre as multas é extraída diretamente da interpretação lógico-sistêmica do próprio texto do CTN, conforme se observa pela leitura dos arts. 113, 139 e 161 daquela Norma:

"Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária." (Destacou-se)

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e

da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito." (Destacou-se)

Se o art. 113 designa de obrigação principal o tributo e a penalidade pecuniária; e se o art. 139 identifica a obrigação principal com o crédito tributário, outra não pode ser a interpretação senão que, de acordo com o art. 161, os juros de mora devem incidir sobre todo o crédito tributário (o texto não fala em tributo ou em principal), razão pela qual se inclui o tributo e as penalidades a ele relacionadas.

Tratando do tema das multas como obrigação principal, Luís Eduardo Schoueri (Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 414-415) leciona:

"Tem sido motivo de censura a decisão do legislador de incluir as multas na obrigação tributária 'principal'. Com efeito, como considerar compreendido no gênero de 'obrigação tributária' algo que não é tributo?"

A crítica não é justa. O legislador complementar não utilizou o adjetivo 'tributária' para qualificar o conteúdo da obrigação (obrigação de pagar tributo), mas apenas com o intuito de identificar sua origem (obrigação de pagar, em virtude da legislação tributária). Afinal, é certo que as normas tributárias prevem o pagamento de tributo, também é certo que elas (as mesmas normas tributárias) preveem sanções, no caso de seu descumprimento. Não se previssem sanções, faltar-lhes-ia o principal requisito para se verem obedecidas. Há, assim, sanções por ilícitos tributários. Tais sanções podem, por sua origem, ser qualificadas sanções tributárias, nada impedindo, daí, que estejam compreendidas no gênero das obrigações tributárias.

(...)

Ocorre que o legislador complementar quis assegurar-se de que a instituição e cobrança de multas estaria sujeita à mesma rigidez dos tributos. Assim, ao incluir a penalidade pecuniária na obrigação tributária, nada mais houve que remissão da disciplina jurídica da obrigação tributária às penalidades pecuniárias."

A lição de Regina Helena Costa (Curso de Direito Tributário, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 174-175) é muito próxima:

"O CTN, assim, emprega o conceito de obrigação como 'gênero', a significar relação jurídica que pode assumir caráter patrimonial ou não patrimonial, de acordo com a natureza da prestação correspondente: na primeira hipótese, o objeto é o 'pagamento de tributo' ou 'penalidade pecuniária (obrigação

principal); na segunda, um 'comportamento positivo ou negativo do sujeito passivo (obrigação acessória)'. Portanto, para o direito tributário, a patrimonialidade não constitui elemento necessário à configuração de vínculo obrigacional.

A concepção ora adotada repele, assim, a crítica doutrinária dirigida às normas contidas nos §§1º e 3º, 'in fine', do art. 113, CTN, segundo as quais a penalidade pecuniária - cuja imposição é legitimada à vista do não-pagamento de tributo ou do não-atendimento de obrigação acessória - não pode constituir objeto da obrigação principal, pois representaria contradição ao disposto no art. 3º, que, ao definir o conceito de tributo, destaca que este não se confunde com multa.. O caráter pecuniário do objeto da relação jurídica é, singelamente, a nota necessária à configuração da obrigação principal."

A mesma autora (Op. cit, p. 247), expressamente, manifesta aquilo que é fundamento para a imposição dos juros de mora sobre as multas de ofício:

"O crédito tributário, como sabido, compõe-se do valor do tributo e de seus consectários (correção monetária, juros moratórios e multa),..."

Também no art. 43 da Lei nº 9.430, de 1.996, o fato de a multa integrar o crédito tributário fica explícito:

*"Art.43. Poderá ser formalizada exigência de **crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.***

*Parágrafo único. Sobre o **crédito constituído na forma deste artigo**, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento." (Destacou-se)*

*"Art.61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, **serão acrescidos de multa de mora**, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

*§3º **Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora** calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do*

prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento." (Destacou-se)

Ao contrário do sustentado pela Recorrente, o entendimento majoritário no âmbito de todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais é no sentido da incidência dos juros de mora sobre as multas, conforme ementas a seguir:

"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic." (Acórdão nº 9101-003.126 - 1ª Turma, sessão de 3 de outubro de 2017, Redatora designada Conselheira Adriana Gomes Rego)

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

(...)

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic." (Acórdão nº 9202-005.470 - 2ª Turma, sessão de 24 de maio de 2017, Redator designado Conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior)

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

(...)

INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

O crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa Selic até o mês anterior ao pagamento, e de um por cento no mês de pagamento." (Acórdão nº 9303-005.293 - 3ª Turma, sessão de 22 de junho de 2017, Redator designado Conselheiro Demes Brito)

Deste modo, não deve ser acatado o Recurso Voluntário, quanto a esta matéria.

7. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, mantendo integralmente o lançamento.

(assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo

Voto Vencedor

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca - Redator designado

Com a devida vênia às sempre judiciosas e técnicas ponderações do D. Relator, mas ousando, aqui, discordar de suas conclusões (no que fui acompanhado pela maioria de meus pares, ainda que por voto de qualidade), mesmo considerando as premissas comumente utilizadas tanto pela Fiscalização, como por aqueles que se embasam na teoria da substância econômica para emprestar efeitos tributários válidos à planejamentos societários/fiscais.

É verdade, e não tenho deixado de fazer as críticas que entendo cabíveis à tese acima suscitada, que tem, hoje, talvez, como o seu maior expoente, o celebrado professor Marco Aurélio Grecco.

Não pretendo, no feito em análise, discorrer novamente sobre os preconceitos que permeiam o meu entendimento, seja quanto ao benefício descrito nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/96, seja sobre a extensão da regra encartada no art. 116, parágrafo único, do CTN. Isto porque, diferentemente dos casos em que este Colegiado vem, hodiernamente, se debruçando, o processo *sub examine* não revela a existência de operações complexas, recheadas de etapas sem fim, como troca de ativos ou pagamentos em dação de quotas ou ações. O caso, vejam bem, comporta apenas três operações (pelo que, inclusive, se vê desnecessária a reprodução gráfica do "passo-a-passo" dos negócios engendrados):

a) a constituição, por empresas sediadas no exterior, de uma *holding* no Brasil (Experian Brasil Aquisições Ltda.), de vida efêmera, é verdade;

b) a aquisição pela citada *holding* da empresa Serasa S/A, cujo investimento foi avaliado por expectativa de rentabilidade futura e adquirido mediante emprego de recursos em espécie, gerando aí, de um lado, ganho de capital **tributado** e, de outro turno, um custo de aquisição superior ao valor contábil da empresa adquirida, registrado na contabilidade da adquirente (desdobrado em patrimônio líquido e, obviamente, o ágio em si);

c) a incorporação reversa da *holding* pela Serasa S/A, concretizando-se, neste particular, a confusão patrimonial exigida pelo art. 386 do Decreto 3.000/99 que, ao fim e ao cabo, permitiu a amortização do ágio, objeto desta demanda.

O fundamento único, diga-se, utilizado pela D. Auditoria para inquirir de ilegalidade as operações acima, e, consentaneamente, para glosar as despesas deduzidas pela recorrente a título de amortização de ágio, foi o uso de uma "empresa de passagem", de vida curta, para efetuar-se a aquisição do investimento mencionado alhures; ao ver da fiscalização, da DRJ, da PGFN e, também, do D. Relator, a criação de aludida empresa veículo não teria, em

si, um fundamento econômico suficiente para justificar os negócios pactuados, tal qual como concebidos, identificando-se, assim, um intuito exclusivamente fiscal.

Venia concessa, mas tal entendimento, na minha opinião e com o devido respeito aos que dela divergem, a criação de uma empresa de passagem para a aquisição, por empresas estrangeiras, de investimento lotado em território nacional está adstrita à liberdade de reorganização empresarial, calcada, inclusive, na garantia constitucional encartada no art. 170 da CF88. Dizer-se, neste particular, que determinadas companhias estrangeiras estão obrigadas à efetuar a compra de ativos instalados no Brasil de forma direta e sem interposição de qualquer outra entidade, revela, insisto, na minha visão, pretensão de pautar a estrutura societária e institucional de entes privados.

Mais que isso, vale o destaque, o simples fato de se verificar o uso de uma empresa veículo, não é, *per se*, suficiente para retirar dos negócios pactuados, sob a ótica fiscal, a necessária substância econômica dos negócios, mormente quando, as próprias "normas" (entenda-se "orientações") contábeis usualmente invocadas para considerar inválidas determinadas operações societárias, admitem, de forma explícita, o uso de empresas veículos na combinação de negócios. É o que se infere do item 27 do CPC 15, cujo teor reproduzo a seguir:

Nos casos em que há incorporações da controlada na controladora e que a controladora é somente uma empresa "veículo" sem operações, o saldo do ágio deve ser baixado, por meio de provisão, em contrapartida ao patrimônio líquido, no momento da incorporação. Quando aplicável e houver evidência de recuperação devem ser registrados o imposto de renda e a contribuição social diferidos ativos, de acordo com as práticas contábeis sobre esse tipo de ativo.

Daí, também, se verificar a existência de decisões deste mesmo Conselho afirmando que, o simples uso de empresas-veículo, não afasta, de per si, o propósito negocial inerente às operações societárias idealizadas para, além da própria reorganização institucional, aproveitar determinados ganhos do ponto de vista tributário:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA-VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação negocial, clara, posto que encontrava-se impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação diretamente.

Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo. (Acórdão nº 1302001.978; Relatora: Talita Pimenta Felix; Data da Sessão: 14/09/2016)

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. (Acórdão nº 1201001.507; Relator: Luis Fabiano Alves Penteado; Data da Sessão: 14/09/2016).

Insisto e repiso que, se estivéssemos diante de uma sucessão de operações criadas de sorte a tentar ocultar fatos ou dissimular atos (na acepção estritamente objetiva e técnica do art. 167 do Código Civil), sem o emprego de recursos em espécie e sem se observar efeitos concretos tanto sob o plano econômico-societário, como no plano fiscal, o uso da empresa veículo poderia ser considerado como prova adicional da ausência de substância econômica dos negócios (ou ausência do alardeado "intento negocial"); não é, contudo, o que se observa no caso em testilha.

Lado outro, como afirmado acima, ainda que os valores utilizados na aquisição da recorrente tenham advindo de empresas situadas no exterior, tais valores foram enviados ao Brasil pelo canais legais e obrigatórios e, uma vez empregados, geraram, ganho de capital oferecido à tributação (documento 56, acostado à impugnação à e-fls. 2.394 e 2.395). Este fato, na minha concepção, é suficiente inclusive para afastar eventual alegação de simulação (ou, de outra sorte, ter-se-ia que admitir, também, o direito da empresa adquirida pleitear a restituição do IR/recolhido sob o aludido ganho de capital - dado que o imposto não pode incidir sobre fato ilícito, conforme definição do art. 3º do CTN).

Em resumo, não vejo nas operações aqui tratadas qualquer mácula que possa, a luz dos preceitos dos artigos 116, parágrafo único, e 167 do Código Civil, autorizar a desconsideração dos negócios avençados, dotados que foram de efeitos econômicos e tributários concretizados. As despesas com amortização de ágio licitamente formado, o foram com a estrita observância das regras encartadas nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532, pelo que, entendo, descabível a sua glosa, *venia concessa*.

Por tais razões, voto pelo provimento integral do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Em que pese o bem fundamentado voto, do i. conselheiro relator, entendo que, desta feita, se está diante de uma operação de aquisição de participação societária em que foi gerado um ágio que atende aos requisitos de amortização como despesas, nos termos da legislação fiscal.

A acusação fiscal, no presente caso, centrou-se na utilização, por parte de duas empresas estrangeiras que integram o mesmo grupo econômico, de uma empresa veículo para a aquisição da participação societária de uma empresa brasileira, com o único propósito de economia tributária e que a falta de outros propósitos negociais na utilização dessa empresa, vicia a operação do ponto de vista tributário, e impede o reconhecimento e a dedução do ágio pago.

A fiscalização aponta que a real adquirente da participação societária na empresa Serasa, não seria a empresa Experian Brasil Aquisições Ltda (empresa veículo), mas sim duas empresas do grupo Experian situadas no exterior (GUS EUROPE HOLDINGS BV e GUS OVERSEAS HOLDINGS BV), que foram as responsáveis pela capitalização da sua controlada no Brasil.

Ressalta, também, a fiscalização o curto espaço de duração da empresa Experian Brasil e a incorporação reversa ocorrida como elementos demonstrativos da falta de substância econômica daquela empresa na operação.

A recorrente, por sua vez, defende a dedutibilidade do ágio, na medida em que a aquisição ocorreu entre partes não relacionadas (independentes: 40 vendedores); que houve efetivo pagamento (por meio de 57 TEDs); que houve a tributação de ganho de capital pelos vendedores; que foram apresentados os estudos prévios quanto à rentabilidade futura que deu ensejo ao pagamento do ágio, confirmados em laudos posteriores; que existiram propósitos negociais na aquisição.

Com relação à utilização da holding Experian Brasil para efetuar a aquisição, a recorrente aponta que esta tinha entre seus propósitos: 1 - o pagamento local do preço a um número indeterminado de vendedores (57 TEDs a 40 vendedores); 2 - mitigar riscos financeiros de variação cambial; 3 - facilitar registro de investimento no Banco Central; 4- adquirir investimentos com recursos próprios; e, 5 - confidencialidade dos banco de dados Experian.

Com relação ao fundamento principal 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).

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

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

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 pelo i. relator, 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.

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

Ora, ao par dos motivos apresentados pela recorrente quanto a utilização da empresa holding, ainda que esta tenha tido efêmera existência, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

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

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

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

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos

de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

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

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

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

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

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

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

E, no caso, concreto, **a pessoa jurídica que detinha o investimento** era, indubitavelmente, a empresa holding que foi a responsável pela aquisição da participação societária no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, confessadamente, de empresas situadas no exterior.

Portanto, os reais detentores do investimento no Brasil eram as empresas do grupo Experian situadas no exterior, mas ao contrário do que sustenta a fiscalização e o i. relator do voto vencido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "**pessoa jurídica**" que detém a participação societária na outra "**pessoa jurídica**" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

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

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

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

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

*§ 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é***

facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

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

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

[...]

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

[...]

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

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN¹.

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

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

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

¹ CTN:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Processo nº 16561.720143/2016-91
Acórdão n.º **1302-002.634**

S1-C3T2
Fl. 2.725

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

Embora considere que a previsão legal que autoriza a amortização antecipada do investimento como despesa, conflite com princípios de justiça fiscal em face dos demais contribuintes, e, ainda, que não se justifica tal incentivo tanto do ponto de vista da política fiscal quanto do ponto de vista econômico, entendo que enquanto vigente a lei, nos casos que nela se enquadrem, tal dedução deve ser respeitada pelo Fisco.

Diante desses pressupostos, estando, ao meu ver, atendidos os requisitos para a dedutibilidade do ágio no presente caso, a glosa efetuada pela fiscalização deve ser cancelada.

Ante ao exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário quanto a este ponto da autuação. (assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado