ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16561.720145/2013-38

**MINISTÉRIO DA FAZENDA**
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

| | |
|---|---|
| **Processo nº** | 16561.720145/2013-38 |
| **Recurso nº** | Especial do Procurador e do Contribuinte |
| **Acórdão nº** | **9101-003.371 – 1ª Turma** |
| **Sessão de** | 19 de janeiro de 2018 |
| **Matéria** | ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. |
| **Recorrentes** | TELEFÔNICA BRASIL S/A |
| | FAZENDA NACIONAL |

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

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

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

A hipótese 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.

ÁGIO INTERNO. ÁGIO DE SI MESMO. INDEDUTIBILIDADE.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio não só gerado internamente ao grupo econômico, mas surgido de participação societária na própria empresa que o amortiza, sem que tenha havido dispêndio efetivo.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. EFEITOS NA CSLL.

Estendem-se à apuração da CSLL os efeitos da glosa de despesas com amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura considerado indedutível.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

MULTA QUALIFICADA. INTENÇÃO FRAUDULENTA NÃO CARACTERIZADA. AFASTAMENTO DA PENALIDADE.

É inapropriada a aplicação da multa qualificada quando resta não demonstrada a intenção do contribuinte de sonegar total ou parcialmente o tributo. Não havendo prova da existência de dolo ou fraude, cabível o afastamento da qualificadora.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de oficio proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de oficio, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, José Eduardo Dornelas Souza e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Adriana Gomes Rêgo (relatora), André Mendes de Moura e Rafael Vidal de Araújo, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Demetrius Nichele Macei. Declararam-se impedidas de participar do julgamento a conselheira Cristiane Silva Costa, substituída pelo conselheiro Demetrius Nichele Macei e, ainda, a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente e Relatora

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Demetrius Nichele Macei (suplente convocado em substituição aos impedimentos da conselheira Cristiane Silva Costa), Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado em substituição aos impedimentos da conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio), Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

## Relatório

FAZENDA NACIONAL e TELEFÔNICA BRASIL S/A recorrem a este Colegiado, por meio dos Recursos Especiais de e-fls. 13.154 e ss. e 13.475 e ss., respectivamente, contra o acórdão nº **1302-001.817**, de 06 de abril de 2016 (e-fls. 13.090 e ss.), que, no mérito e por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso voluntário relativamente ao crédito tributário principal e multa.

Na matéria objeto da presente discussão, o acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*
>
> *Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012*
>
> *(...)*
>
> *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.*
>
> *REFLEXO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL.*
>
> *Não pode repercutir no lucro contábil a amortização de ágio que integra o custo de investimento promovido por outra pessoa jurídica.*
>
> *MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA.*
>
> *Existindo investimento com possível pagamento de ágio, a interpretação equivocada do sujeito passivo acerca da possibilidade de sua amortização não é suficiente para a qualificação da penalidade aplicável aos tributos que deixaram de ser recolhidos em razão da amortização daquele valor.*
>
> *JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.*
>
> *A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de oficio proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de oficio, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.*

Recurso da Fazenda Nacional:

O recurso da Fazenda Nacional foi admitido por meio do Despacho de e-fls. 13.174. Esse despacho foi complementado pelo Despacho de e-fls. 13.840 e ss (o exame original não apreciara a divergência em relação ao segundo paradigma), resultando que o recurso fazendário foi admitido somente em relação ao primeiro paradigma, acórdão de nº 1101-000.899. A ementa desse paradigma está assim redigida na parte de interesse:

> *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 QUALIFICADA. Sujeita-se a 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.*

As alegações de mérito da Fazenda, são, em síntese, as seguintes:

a) que, como exposto no voto condutor do acórdão recorrido, a autoridade fiscal logrou demonstrar cabalmente o nítido intuito de fraude das operações manobradas pela Contribuinte com a criação de incorporações intragrupo com o simples intuito de dedução de ágio sem propósito negocial, sendo que a Contribuinte não expôs um motivo que justificasse o fato pelo qual orquestrou o simulacro de criação de empresa veículo;

b) que a Contribuinte praticou atividade fraudulenta observada a partir da realização de operações artificiais intragrupo, sem nenhuma atividade operacional, com o exclusivo escopo de se aproveitar dos efeitos fiscais da amortização do ágio, sendo que, como resultado de sua conduta dolosa, houve diminuição do efetivo valor da obrigação tributária, com o conseqüente pagamento a menor do tributo devido, em evidente prejuízo ao erário; e,

c) que a conduta foi sempre resultado de sua vontade, livre e consciente, já que realizada de forma consciente e deliberada, objetivando modificar a característica essencial do fato gerador da obrigação tributária principal, evidenciando desprezo ao cumprimento da obrigação fiscal, ao princípio da solidariedade de matriz constitucional e ao dever legal de participação, indicando a intensidade do dolo.

Ao final, pede a Fazenda que o presente recurso seja conhecido e provido, "*a fim de reformar o acórdão recorrido para que seja restabelecida a multa qualificada de 150%*".

A Contribuinte apresentou contrarrazões (e-fls. 13.763 e ss), em que principia fazendo uma síntese dos fatos e da decisão do CARF, e traçando histórico das operações que resultaram no registro do ágio questionado.

Logo após, em preliminar, a Contribuinte pugna pela inadmissibilidade do recurso fazendário em razão de diferença entre o caso presente e o caso do acórdão paradigma nº 1101-000.899[1].

Aduz a Contribuinte que no paradigma a Relatora "*reconhece que o contribuinte efetivamente realizou negócio jurídico fictício, que teve por único objetivo possibilitar a amortização do ágio*", ao passo que no recorrido o CARF "*reconheceu a validade de todos os atos que foram praticados, a sua efetivação a valor de mercado, a existência de desembolso financeiro, a formação do ágio e a sua rentabilidade futura, enfim, todos os elementos necessários para a amortização do ágio*", não tendo a Contribuinte "*agido com fraude ou praticado condutas dolosas que autorizassem a qualificação da multa*".

[1] Conforme relatado, o outro paradigma não foi admitido em exame prévio de admissibilidade e não será aqui abordado.

Adiante faz alegações de mérito, as quais são sintetizadas a seguir:

a) a decisão recorrida acertadamente reconhece que a Contribuinte não agiu com dolo ou fraude e que "*existindo investimento com possível pagamento de ágio, a interpretação equivocada do sujeito passivo acerca da possibilidade de sua amortização não é suficiente para a qualificação da penalidade aplicável aos tributos que deixaram de ser recolhidos em razão da amortização daquele valor*". Interpretações distintas entre o Fisco e o contribuinte sobre a legislação que dispõe sobre a possibilidade de registro e posterior dedução do ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL não podem ser consideradas como fraude ou condutas dolosas, sendo que, como a própria lei esclarece, o intuito de fraude há que ser evidente, ou seja, há que ser incontestável a existência de dolo do contribuinte em fraudar o Fisco;

b) o agravamento da multa têm como pressuposto a existência de um elemento de falsidade, inexatidão ou omissão na conduta do contribuinte o que não se verifica no caso concreto. Assim, para verificar a ocorrência da fraude, deve-se analisar o comportamento do contribuinte, ou seja, se o contribuinte modificou ou excluiu elementos do fato gerador ou retardou ou impediu sua ocorrência mediante a adoção de ações intencionalmente criminosas tendentes a enganar a fiscalização. Essas ações ou omissões via de regra ocorrem mediante adulteração das informações contidas nos livros e registros contábeis e fiscais do contribuinte. No caso presente, a Contribuinte nunca omitiu ou alterou os documentos referentes aos fatos objeto de questionamento pelas autoridades fiscais. Pelo contrário, todos os atos foram praticados às claras, dando-se publicidade dos atos por meio de publicação em jornais de grande circulação, divulgando fatos relevantes, bem como fazendo constar as informações das diversas declarações apresentadas ao Fisco;

d) a Contribuinte demonstrou insistentemente ao longo da defesa que os atos praticados não tiveram propósito fiscal e sim razões e motivações empresariais e negociais claras. De fato, o caso presente não envolve planejamento tributário, mas sim eventos societários, sendo fato incontroverso que a Recorrida, sociedade por ações de capital aberto, cumpriu todos os atos contábeis fiscais e societários, dando publicidade sobre todas as operações realizadas, com registro de todos os atos nas Juntas Comerciais e informando os atos do Fisco;

d) a alegação da PGFN de que a Contribuinte teria manobrado operações através de incorporações intragrupo e artificiais, implementadas com o único objetivo de permitir a amortização do ágio pode ser prontamente afastada ao se levar em consideração que todas as reestruturações societárias em exame tiveram a participação de acionistas minoritários (terceiros independentes) e sociedades de capital aberto, as quais devem obedecer a rigorosos índices de transparência e idoneidade;

e) o preço de aquisição praticado na subscrição de ações da TDBH foi calculado com base no valor de mercado das ações, de modo a evitar qualquer diluição injustificada dos acionistas minoritários, inexistindo qualquer margem para manipulação ou mesmo negociação, sendo correto afirmar que as sociedades envolvidas atuaram em estritas condições de mercado. Por sua vez, no tocante à incorporação da TDBH pela Telesp ocorrida em 2006, também não há margem para se falar em qualquer irregularidade nos valores obtidos na relação de substituição das ações dessas companhias, os quais foram baseados na avaliação econômico-financeira elaborada pela Rothschild;

f) a amortização do ágio apenas se deu muito tempo depois do início das reestruturações societárias realizadas pelo Grupo Telefônica, no contexto da segregação mundial das linhas dos negócios de telefonia, multimídia e dados. Ou seja, apesar de essas operações terem sido iniciadas a partir de 2001, o ágio objeto de questionamento somente passou a ser amortizado fiscalmente em 2008. O plano "arquitetado" pela Recorrida demandaria que, em 2001, se pudesse antecipar que o valor de mercado das ações da TDBH levaria ao reconhecimento de um ágio tal que, quando em 2006 a TDBH fosse incorporada pela Telesp (algo que jamais havia sido cogitado até então), o valor de mercado adotado para a relação de substituição de ações da TDBH por ações da Telesp levaria ao registro de um ágio, ágio esse que deveria estar integralmente respaldado na projeção de resultados futuros da Telesp; e

g) a Contribuinte traz julgados do CARF e da CSRF em favor de suas razões.

Recurso da Contribuinte:

Como assinalado no Despacho de e-fls. 13.793 e ss, verifica-se a existência de um segundo recurso especial da Contribuinte, apresentado na mesma data, o qual foi juntado em duplicidade (e-fls. 13.475 e ss).

A Contribuinte manejou seu recurso alegando divergências de interpretação da legislação tributária em relação a uma matéria preliminar e três de mérito.

No exame de admissibilidade (Despacho de e-fls. 13.793 e ss), não foi admitida a divergência em relação à matéria preliminar.

No que se refere às matérias de mérito, todas as três divergências foram admitidas no exame prévio de admissibilidade. A seguir são sumarizadas as divergências apontadas e as razões correspondentes a cada uma das matérias.

Descaracterização de sociedade holding como "real adquirente do investimento"

No que se refere à essa matéria, a Contribuinte aponta como paradigmas os acórdãos a seguir:

Acórdão nº 1401-001.240:

*ÁGIO GERADO A PARTIR DO AUMENTO E INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL DE EMPRESA NO BRASIL. INVESTIDOR ESTRANGEIRO. EMPRESA VEÍCULO DE INVESTIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMULAÇÃO, FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO.*

*Quando um grupo de investidores estrangeiros consolida os investimentos em uma sociedade holding no Brasil para, a partir dela, promover os investimentos que pretende no país, o ágio gerado a partir dessa operação é real, não havendo que se falar em simulação por inexistência de referida holding. O ágio consolidado na holding, que posteriormente é incorporada pela empresa investida, é passível de dedução nos termos da lei.*

Acórdão nº 1301-001.950:

*ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGITIMIDADE.*

*Não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja. O mesmo ocorre se o investidor estrangeiro adquirir diretamente o investimento no Brasil e, a seguir, promover aumento de capital na subsidiária no Brasil, integralizando-o com os investimentos previamente adquiridos. Em qualquer caso, se houve o pagamento de ágio na aquisição dos investimentos, esse ágio estará registrado na subsidiária no Brasil. Não se pode qualificar como ilícito ou fraude a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária. Nas condições aqui descritas, o mero uso de "empresa veículo" é insuficiente para a caracterização de fraude.*

As alegações de mérito quanto ao presente tema podem ser assim sumarizadas:

a) a Recorrente rechaça a conclusão do acórdão recorrido no sentido de que o fato de a DABR ter adquirido a TDBH com recursos financeiros oriundos da Telefônica Datacorp ("TData", empresa sediada na Espanha) impossibilita a dedução da despesa com amortização do ágio surgido na operação uma vez que a TData seria a real investidora. Alega que os atos jurídicos praticados pela DABR, sociedade *holding* de duradoura existência, embora válidos, foram indevidamente desconsiderados;

b) a Recorrente afirma, nesse sentido, que o investimento de recursos da TData na DABR se deu na modalidade cambial de "investimento direto", devidamente registrado no Banco Central do Brasil, e que foram, então, aplicados pela DABR na TDBH em junho de 2001 por meio de adiantamento para futuro aumento de capital ("AFAC"), sendo o AFAC capitalizado, posteriormente, em março de 2002. Justifica a impossibilidade de realização de AFAC diretamente pela TData em razão de impedimento regulatório. Aduz, também, que as operações não foram levadas a cabo somente com fins fiscais, afirmando que "*o objetivo era que a DABR fosse a legítima sociedade holding do Grupo Telefônica para o segmento de dados, criado, ao mesmo tempo em que foi a única forma de se respeitar, a um só tempo os prazos da legislação societária para o aumento de capital da TDBH e os direitos dos seus acionistas minoritários*".

c) a Recorrente alega que "*o que determina a propriedade ou titularidade de determinado investimento é o ato jurídico válido de aquisição*" e afirma "*a impossibilidade de desconsideração de atos jurídicos válidos*", destacando que "*o Grupo Telefônica tinha - como de fato tem - plena liberdade para definir a forma como a aquisição do investimento seria realizada*". E afirma que a caracterização da DABR como "empresa-veículo" ou "mera extensão de caixa" é precária "*seja pela falta de autorização legal ao negar efeitos da norma a uma operação válida, seja pela falta de base fática*", passando a apontar atos caracterizadores da atividade operacional dessa sociedade, destacando sua existência de fato e de direito por 9 anos e 8 meses;

d) e refere que a interpretação expressa no acórdão recorrido "*resulta na impossibilidade do seu aproveitamento para ao menos 100% dos casos em que os investimentos realizados no Brasil tenham origem na aquisição de participações societárias por grupos estrangeiros*", representando "*uma quebra de confiança no próprio sistema adotado pela União*" e estabelecendo "*tratamento desigual e discriminatório do capital*

*estrangeiro aplicado no Brasil para aquisição de investimentos*", o que é vedado pela Lei e pela Constituição.

Inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível, nos termos do artigo 57 da Lei no 8.981/95

No que se refere a essa matéria, a Contribuinte aponta como paradigmas os acórdãos a seguir:

Acórdão nº 9101-002.310:

*CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DEDUTIBILIDADE.*

*A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.*

Acórdão nº 1301-001.893:

*CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DUDUTIBILIDADE.*

*A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.*

*AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995. Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n.8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.*

As alegações de mérito quanto ao presente tema podem ser assim sumarizadas:

a) contrariamente ao que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, §1º, e 391 do RIR) veda a dedutibilidade do ágio, inexiste disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL. Assim, não havendo qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição às disposições relativas ao IRPJIT, resta concluir que não existe qualquer;

b) a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL é tão clara que o artigo 50 da Lei n. 12.973 prevê expressamente a aplicação também para essa contribuição das normas legais que impõem que o ágio pautado em expectativa de rentabilidade futura somente poderá ser amortizado pela pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra na qual detinha participação societária. Logo, fica evidente que não havia, até a edição da Lei n. 12.973,

previsão legal que vedasse a possibilidade de amortização do ágio para fins de CSLL antes das operações de incorporação, cisão ou fusão;

c) ainda que se entenda serem as nonnas do IRPJ extensíveis à CSLL, a Instrução Normativa/RFB n. 390104, que compila as normas relativas à CSLL, traz, em seu artigo 75, disposição que, a exemplo do inciso III do artigo 386 do RIR, autoriza a amortização do ágio pago na hipótese de incorporação da sociedade investidora pela investida.

Aplicação de juros sobre multa, conforme artigos 161 do Código Tributário Nacional ("CTN") e 61 da Lei nº 9.430/96

No que se refere à essa matéria, a Contribuinte aponta como paradigmas os acórdãos a seguir:

Acórdão nº 9202-002.600:

*JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE.*

*Os juros de mora à taxa SELIC só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada proporcionalmente.*

Acórdão nº 9101-00.722:

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa ofício aplicada.*

No mérito, alega a Contribuinte, em síntese, que os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de oficio lançada no auto de infração lavrado, por absoluta ausência de previsão legal.

Ao final pede a Contribuinte que o presente recurso seja conhecido e provido, para a "*reforma do acórdão recorrido e, consequentemente, o cancelamento do auto de infração ora combatido*".

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (e-fls. 13.808 e ss), aduzindo, em essência, em relação ao primeiro tema do recurso da Contribuinte o que segue:

a) a realização de uma operação societária com o único objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a serem recolhidos pela empresa resultante da reorganização exorbitou o propósito negocial. A criação de um ágio fictício, simulado, que não apresenta qualquer propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua existência real, não permite a dedução da despesa com sua amortização nos termos previstos pela legislação tributária;

b) a amortização de um ágio será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL se, previamente, uma empresa tiver adquirido outra mediante o pagamento de ágio com base na rentabilidade futura, e se, depois, houver a confusão patrimonial entre elas;

c) em alguns casos os contribuintes tentam se aproveitar de tais normas para a redução abusiva dos tributos a recolher. É o caso do "ágio de si mesmo", espécie de ágio interno (gerado entre partes dependentes), que envolve a reavaliação espontânea de uma

participação societária dentro de um grupo empresarial, onde o custo do "ganho patrimonial" decorrente dessa reavaliação é aproveitado fiscalmente pela própria pessoa jurídica cujo patrimônio é reavaliado. A empresa tem seu patrimônio reavaliado, apura um ágio e, ao final, ainda o amortiza e deduz fiscalmente. Para o surgimento do "ágio de si mesmo", os grupos empresariais lançam mão de uma sequência básica de operações: uma empresa A (controladora) utiliza a participação que detém sobre uma empresa B (empresa a cujo patrimônio será reavaliado) como investimento com ágio em uma terceira C (empresa veículo), a qual, ao final, é incorporada por essa segunda empresa B. Quando da ocorrência do "ágio de si mesmo", o grupo empresarial não adquire nenhum fluxo futuro que não antes não possuía;

d) a abusividade do "ágio de si mesmo" reside nos seguintes aspectos: em que pese haver a declaração pelas partes de que houve uma aquisição de participação societária com pagamento de ágio, afere-se que, em face das operações, não houve a participação de terceiros estranhos ao grupo a fim de justificar a existência da operação com base na circulação de riquezas entre partes independentes e na alteração do controle societário do investimento que é negociado;

e) sendo algo repudiado pelas normas societárias e contábeis, por certo que a figura do "ágio de si mesmo" também não pode ser aceita pelo direito tributário. Por decorrer de atos simulados, artificiais, a referida espécie de ágio interno não pode ter o mesmo tratamento daquela "mais valia" que é consequência de uma verdadeira operação de aquisição de investimento (de uma verdadeira troca de fluxo futuro de renda), seguida da confusão patrimonial entre investidora e investida;

f) a Fazenda menciona julgados do CARF em favor de suas razões, observando que no acórdão nº 1201.001.474, no qual fora analisada a mesma situação de impossibilidade de dedução do ágio artificialmente formado pela empresa TELEFÔNICA BRASIL S.A., no mesmo período de fiscalização, resultou em decisão pela impossibilidade de aproveitamento do ágio em razão da ausência de *finalidade negocial ou societária e utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio à incorporadora.*

Em relação ao segundo tema do recurso da Contribuinte, a Fazenda Nacional alega, em síntese, o que segue:

a) o art. 299 do RIR/99 consiste em reprodução de norma encontrada na Lei nº 4.506, de 1964, sendo que a época da edição dessa lei sequer existia a CSLL como tributo no ordenamento jurídico – o que explica a inexistência de qualquer ressalva específica com relação à CSLL nas leis que disciplinavam o imposto sobre a renda. Com a introdução da CSLL no ordenamento jurídico o legislador editou a Lei nº 8.981, de 1995, sendo que pelo art. 57 dessa norma o legislador ordinário não disse que tão somente as regras de recolhimento do IRPJ devem ser observadas para a CSLL, mas, ao revés, foi bastante claro ao determinar que também as regras de apuração são aplicáveis a essa espécie de contribuição social;

b) ainda que leis posteriores não tenham feito ressalva específica para à CSLL, não se está diante de um "silêncio eloquente". Com efeito, o legislador determinou, expressamente, que **na apuração do montante devido a título de CSLL devem ser aplicadas as mesmas normas relativas ao IRPJ**. Ora, é justamente na atividade de apuração que se encaixam as regras que disciplinam as provisões, despesas dedutíveis, adições, entre outros aspectos que devem ser considerados pelos contribuintes em seus registros contábeis;

c) quando foi autorizada pela CF/88 a criação da CSLL e no momento em que esta foi instituída, pela Lei nº 7.689, de 1988, encontravam-se em vigor inúmeras normas relativas ao IRPJ perfeitamente compatíveis com o regime daquele tributo. Nesse contexto, o legislador teria duas opções: reeditar todas as normas preexistentes que regulamentavam a apuração do IRPJ; ou trazer, em uma só norma, a previsão de que se aplicariam todas as normas de apuração do IRPJ à CSLL. A segunda opção se mostra muito mais razoável e condizente com a prática legislativa brasileira;

d) a autoridade administrativa, em nenhum momento, ampliou o conceito de base de cálculo que está previsto no caput do art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, qual seja: "valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda". O que fez a fiscalização foi apurar o resultado do exercício utilizando as regras de apuração aplicáveis ao IRPJ – seguindo a regra contida no art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995. Significa dizer que não se desrespeitou ou mesmo ampliou a base de cálculo estabelecida pela legislação, uma vez que a glosa feita pela autoridade administrativa apenas corrigiu o valor relativo à base de cálculo que efetivamente deveria ser considerada.

Finalmente no que toca ao terceiro tema do recurso da Contribuinte, a Fazenda Nacional alega, em síntese, o que segue:

a) o art. 161 do CTN não autoriza a cobrança de juros de mora, mas a impõe, sempre que o crédito for pago após o vencimento. Seu § 1º, inclusive, para não possibilitar a falta de juros de mora por ausência de lei específica, tem regra para suprir eventual omissão, determinando que os juros serão de 1%, salvo se a lei dispuser de forma diferente;

b) em função do disposto nos artigos 43 e 61 da Lei nº 9.430/1996, não há dúvida acerca da obrigatoriedade da atualização monetária dos créditos tributários devidos pelos sujeitos passivos, entre eles, a multa de lançamento de ofício.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Adriana Gomes Rêgo, Relatora.

Os recurso são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deles tomo conhecimento, antecipando-se à apreciação da preliminar de inadmissibilidade do recurso fazendário que será enfrentada adiante.

Antes de analisar cada um dos recursos, sintetiza-se as operações que deram azo ao ágio cuja dedução de amortização aqui se discute, a partir de elementos contidos no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de e-fls. 11.970 e ss (no e-processo o TVF está dividido em dois documentos, Parte A e Parte B).

Na época dos fatos, a autuada e ora Recorrente (**TELEFÔNICA BRASIL** S/A., anteriormente Telecomunicações de São Paulo S/A - **TELESP**), era controlada pelo **Grupo Telefônica (espanhol)**, o qual também controlava as empresas brasileiras **DABR** (Telefônica Data do Brasil Participações Ltda) e **TDBH** (Telefônica Data Brasil Holding S.A.).

A TDBH, vale anotar, era sociedade *holding* cujo principal ativo era a participação de 100% no capital social da T EMPRESAS, empresa operadora de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) em todo território nacional (vide parágrafo 63 do TVF). Ela (TDBH) surgiu em cisão parcial da TELESP em 2001 (vide parágrafo 191 do TVF), tendo sido posteriormente (em 2006) incorporada pela própria TELESP, em reestruturação da área de SCM e transporte de dados pelo Grupo Telefônica (conforme afirmado pela Fiscalizada, vide parágrafo 62 do TVF).

Pois bem, a dedução de despesas com amortização de ágio pela TELESP, objeto de glosa pela Fiscalização teve início em **2008**, após a TELESP incorporar a DABR, e foi até 2012 (período que alcança a autuação).

O ágio, que estava contabilizado na incorporada DABR, montava R$ 244.408.868,38, tendo como origem:

(1) ágio surgido quando a DABR subscreveu ações em aumento de capital promovido na TDBH, qual é chamado no TVF de "**ágio 2002**", montando R$ 132.201.536,30);

(2) ágio surgido quando a TELESP incorporou a TDBH, o qual é chamado de no TVF de "novo ágio" e aqui se designará por "**ágio 2006**", montando R$ 112.207.332,08 (valor líquido).

Explica-se melhor as duas operações que deram origem ao ágio em questão.

**Ágio 2002**:

Esse ágio surgiu em 2002 quando a DABR subscreveu aumento de capital na TDBH, empresa criada em janeiro de 2001 como resultado de cisão parcial da TELESP. A apuração desse ágio consta nos itens 46 e ss do TVF, montando ele R$ 132.201.536,30.

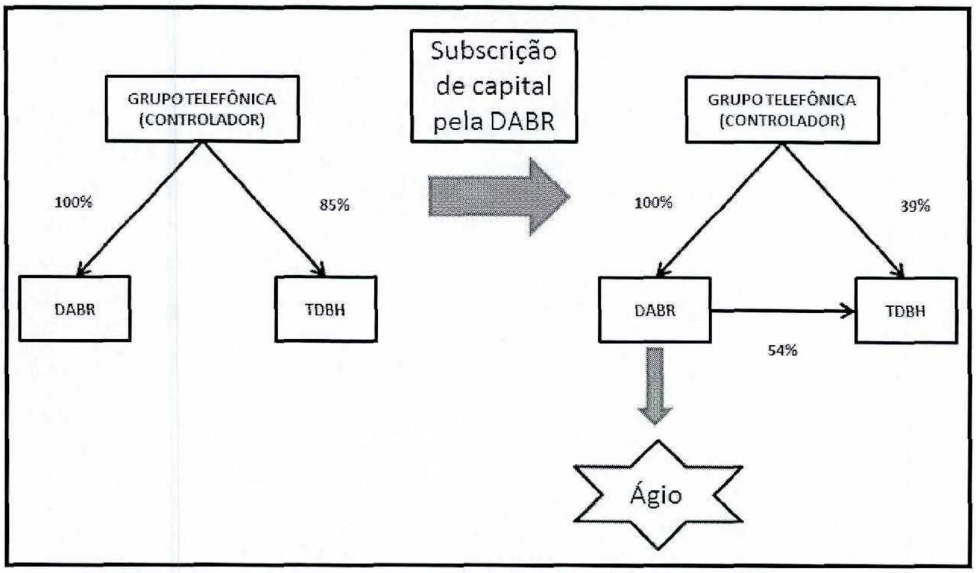
Nessa operação, o valor pago pela DABR pelas novas ações subscritas correspondeu ao valor de mercado das ações em questão, valor esse superior ao valor patrimonial. Assim, dos R$ 492.746.983,13 aportados pela DABR na TDBH na subscrição (outros R$ 2,3 milhões correspondem a subscrição pelos minoritários, totalizando R$ 495 milhões), R$ 132.201.536,30 corresponderam à ágio.

Esse valor foi pago via depósito bancário (item 47 do TVF). Embora intimada, a Fiscalizada não entregou Laudo de Avaliação que desse suporte ao ágio (item 49 do TVF).

Antes da subscrição de capital em questão, a TDBH tinha em seu quadro societário 4 empresas do Grupo Telefônica. Com a subscrição passou a figurar em seu quadro societário também a DABR, a qual passou a deter 54% do capital da TDBH.

Importante observar que a subscrição de aumento de capital da DABR na TDBH constituiu desdobramento de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital ("AFAC"), feito pela DABR na TDBH em 2001, sendo que os recursos aí utilizados pela DABR provieram da **Telefônica Datacorp**, empresa do Grupo Telefônica com sede na Espanha (itens 164 e 165 do TVF), qual seja a **Telefônica Datacorp**, designada no recurso da Contribuinte e em outras peças por "**TData**". Esse adiantamento foi aplicado pela TDBH na subscrição de ações na Figueira Administração e Participações S.A.

O esquema gráfico a seguir ilustra as operações de 2002:




**<u>Ágio 2006</u>**:

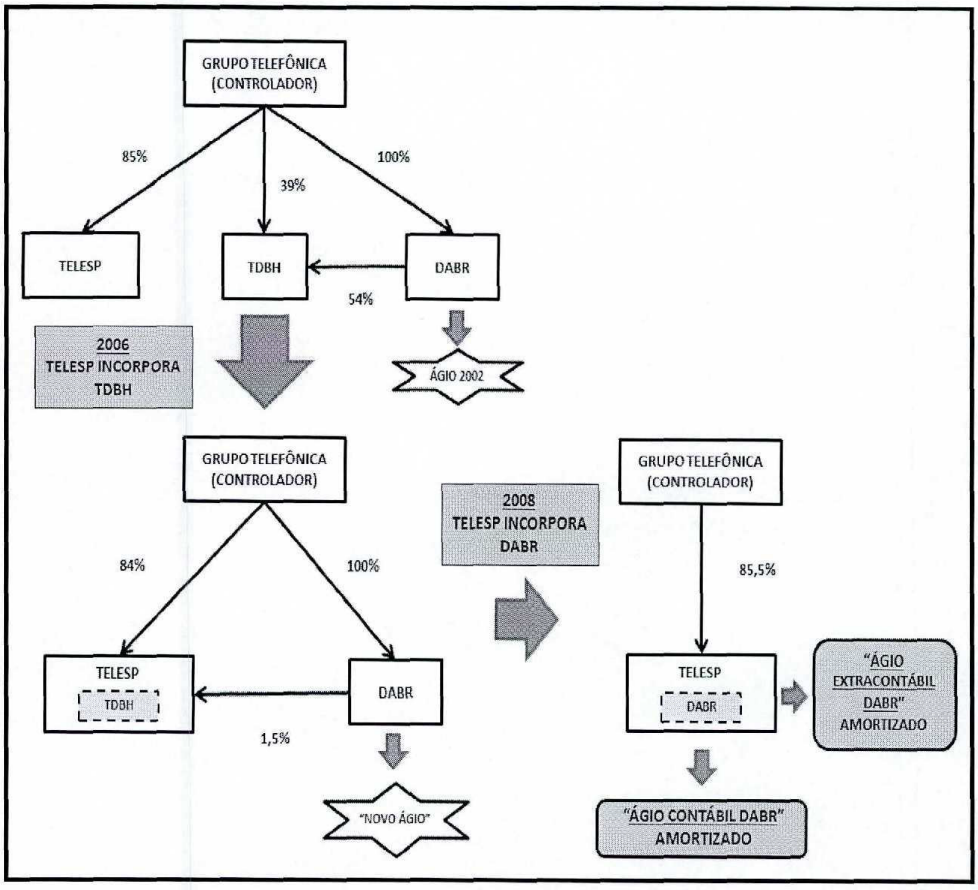
Esse ágio surgiu em 2006, quando a <u>TELESP incorporou a TDBH</u>. A apuração desse ágio consta nos itens 77 e ss do TVF, montando ele <u>R$ 112.207.332,08</u>

Nessa operação de incorporação, a DABR, que então detinha participação de 54% na TDBH, cedeu essa participação à TELESP. A TELESP, por seu turno, aumentou seu capital e cedeu ações suas à DABR em troca das ações da TDBH. A relação de troca entre as ações foi determinada a valor de mercado, daí decorrendo o percentual de 1,5% do capital da TELESP recebido pela DABR na operação. É dessa troca de ações que decorreu o ágio contabilizado na DABR, o qual foi justificado em razão da rentabilidade futura da TELESP.

A Fiscalização dimensionou o ágio em questão a partir da diferença entre o valor patrimonial da participação da DABR na TDBH cedida (de R$ 298.174.889,50) e o valor patrimonial da participação da TELESP recebida em troca (R$ 163.991.697,44). Dessa diferença foram subtraídos dividendos e juros sobre capital próprio, resultando no "ágio de 2006" (líquido) de <u>R$ 112.207.332,08</u>.

Como o ágio surgiu em troca de ações entre TELESP e DABR, <u>não houve pagamento em dinheiro</u>. Consta no TVF referência à existência de <u>laudo de avaliação</u> da rentabilidade futura da TELESP a respaldar o ágio.

O esquema gráfico a seguir ilustra as operações de 2006 e 2008:




Tanto o "ágio 2002", quanto o "ágio 2006", passaram a ser amortizados contabilmente pela DABR quando dos respectivos surgimentos (em 2002 e em 2006), sem, no entanto, que a amortização produzisse efeitos tributários. Isto é, a DABR não deduziu as amortizações do ágio como despesa a reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Vale lembrar que, como mencionado anteriormente, a empresa operacional da área de SCM era a T-EMPRESAS.

Como antes referido, o aproveitamento tributário desses ágios só se deu quando a TELESP incorporou a DABR, em 2008. Aqui entra a especificação do que a Fiscalização chamou de "Ágio Contábil DABR" e o que chamou de "Ágio Extracontábil DABR", conforme a seguir:

(1) o (assim denominado pela Fiscalização) "Ágio Contábil DABR", correspondente ao saldo não amortizado contabilmente pela DABR do ágio incorporado (valor original do ágio deduzido do que já havia sido contabilmente amortizado pela DABR até então, montando R$ 185.511.658,82). Essa parte é tratada no item 4.2.1 do TVF.

(2) o (assim denominado pela Fiscalização) "Ágio Extracontábil DABR", correspondente ao montante de ágio amortizado contabilmente pela DABR até então, o qual estava registrado na Parte B do seu Lalur, montando R$ 58.897.209,56. Esse ágio passou a constar na Parte B do Lalur da TELESP. Essa parte é tratada no item 4.2.2 do TVF

Veja-se que a soma do "Ágio Contábil DABR" e do "Ágio Extracontábil DABR" corresponde à soma dos valores originais do "ágio 2002" com o "ágio 2006", montando R$ 244.408.868,38.

Importante desde já assinalar que, como anotado no acórdão recorrido, não há dissídio acerca do fato de as sociedades envolvidas nas operações que deram origem ao ágio cuja dedução de amortização foi glosada se submeterem a controle comum, bem como questionamentos acerca dos valores a que chegou a Fiscalização.

**Preliminar de inadmissibilidade do Recurso Especial da Fazenda Nacional**

Conforme relatado, a argumentação da Contribuinte pela inadmissibilidade do recurso fazendário se assenta em alega diferença entre o caso presente e o caso do acórdão paradigma nº 1101-000.899[2]. Aduz a Contribuinte que no paradigma a Relatora "*reconhece que o contribuinte efetivamente realizou negócio jurídico fictício, que teve por único objetivo possibilitar a amortização do ágio*", ao passo que no recorrido o CARF "*reconheceu a validade de todos os atos que foram praticados, a sua efetivação a valor de mercado, a existência de desembolso financeiro, a formação do ágio e a sua rentabilidade futura, enfim, todos os elementos necessários para a amortização do ágio*", não tendo a Contribuinte "*agido com fraude ou praticado condutas dolosas que autorizassem a qualificação da multa*".

O confronto do acórdão paradigma em questão com o recorrido indica que os pontos que se assemelham nos dois julgados são suficientes para fazer emergir a divergência de interpretação da legislação tributária que dá ensejo à apreciação de recurso especial pela CSRF.

Com efeito, em ambos os julgados os colegiados decidiram pela impossibilidade de dedução da despesa com amortização de ágio pela empresa autuada em situação em que ocorre transferência de capital para aquisição de investimento por empresa veículo, seguida de sua incorporação pela investida (empresa autuada), com a subsistência do investimento no patrimônio da investidora original. É o que estampam as ementas dos acórdãos recorrido e paradigma (que apresentam trecho de igual teor, reproduzido abaixo) e o que deflui do que consta no voto condutor de cada um dos julgados. Confira-se:

> *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.*

Já em relação à qualificação da multa de ofício a conclusão dos julgados vai em sentido oposto, decidindo-se pela manutenção da qualificação no caso do acórdão paradigma e pela desqualificação no caso do recorrido. Vale transcrever os trechos das ementas dos julgados na parte que tratam da qualificação da multa:

> Acórdão Paradigma:
>
> *MULTA QUALIFICADA. Sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir*

[2] Conforme relatado, o outro paradigma não foi admitido em exame prévio de admissibilidade e não será aqui abordado.

*um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.*

Acórdão Recorrido:

*MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA. Existindo investimento com possível pagamento de ágio, a interpretação equivocada do sujeito passivo acerca da possibilidade de sua amortização não é suficiente para a qualificação da penalidade aplicável aos tributos que deixaram de ser recolhidos em razão da amortização daquele valor.*

Ora, ainda que possa haver particularidades nas operações societárias levadas a cabo em um caso e no outro, não há dúvidas de que os colegiados julgadores vislumbraram nos dois casos uma situação de fundo muito semelhante, concluindo, no entanto, de forma diversa no que se refere à presença dos elementos que ensejam a aplicação de multa qualificada.

Veja-se que no caso do recorrido, a Turma considerou que a DABR era mera empresa veículo (que "*representava mera extensão da conta Caixa da sociedade estrangeira Telefónica Datacorp*") e que sua participação nas operações permitiu "*criar um cenário no qual se pretendeu a indevida apropriação do custo desta aquisição no resultado da autuada*". Mesmo assim, concluiu que "*existindo investimento com possível pagamento de ágio, a interpretação equivocada do sujeito passivo acerca da possibilidade de sua amortização não é suficiente para a qualificação da penalidade aplicável aos tributos que deixaram de ser recolhidos em razão da amortização daquele valor*". Confira-se, além dos trechos de ementa antes reproduzidos, os seguintes excertos do voto condutor (sublinhou-se):

*As evidências assim reunidas pela Fiscalização impõem a conclusão de que DABR representava mera extensão da conta Caixa da sociedade estrangeira Telefónica Datacorp, e quando não mais se justificou a segregação dos negócios mantidos sob TDBH, a incorporação destes por TELESP fez com que subsistisse no patrimônio de DABR, apenas, o ágio nele alocado pela investidora estrangeira, cuja destinação à autuada permitiria, no entender da recorrente,* o aumento de sinergias por *TELESP*, a redução do risco gerencial, simplificação da estrutura administrativa, bem como redução de custos. *Contudo, seguindo-se a incorporação de DABR pela autuada, esta passa a apropriar, em seu resultado tributável, os efeitos da amortização do custo de um investimento cuja titular é, em verdade, Telefónica Datacorp.*

*(...)*

*Admite-se, como diz a recorrente, que* as operações acima descritas não foram impulsionadas por objetivos fiscais, nem envolveram uma reestruturação sem qualquer objetivo negocial com vistas a unicamente à "criação de despesas que reduzissem seus resultados fiscais". *Não há dúvida que o grupo empresarial pretendia adquirir investimento de terceiros, e é possível que parcela do valor pago representasse ágio. Todavia,* os efeitos tributários ***não*** foram uma decorrência natural dos atos jurídicos praticados, *porque a participação de DABR como veículo dos recursos destinados por Telefónica Datacorp para aquisição do investimento em FIGUEIRA permitiu, ao final das operações, criar um cenário no qual se pretendeu a indevida apropriação do custo desta aquisição no resultado da autuada.*

*(...)*

> *No presente caso, o grupo empresarial interpretou que o trâmite de recursos por uma pessoa jurídica brasileira permitiria classificá-la como titular do investimento e do ágio correspondente, e cogitar da amortização deste ativo em caso de futura reestruturação societária. Vislumbrou na lei tributária um benefício fiscal do qual poderia se beneficiar e planejou as operações societárias ajustando-as também a esta hipótese, mas tudo por meio de atos regularmente formalizados, e que se destinaram efetivamente à aquisição de um novo investimento.*
>
> *Neste contexto, como aduz a recorrente, a discussão cinge-se à possibilidade ou não de dedução fiscal dos valores relativos à amortização do ágio gerado, e não se vislumbra fraude ou condutas dolosas que autorizem a duplicação do percentual previsto para cálculo da multa de ofício.*

No caso do paradigma, a Turma também concluiu que as empresas MKV e APENINA eram empresas veículo (para as quais foi transferido capital para aquisição do investimento na autuada - PUBLICAR, antes denominada LISTEL, subsistindo a investidora original), cuja criação "*teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*". E justamente por essas razões referendou a imposição de multa qualificada, mesmo reconhecendo que o ágio foi pago. Confira-se, além dos trechos de ementa antes reproduzidos, o seguinte excerto do voto condutor (sublinhou-se):

> *Interpreto a acusação fiscal de forma distinta do I. Relator, pois observo que a autoridade lançadora fez referência à Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349, de 06/03/2001, destacando que operações desta espécie acabam por ensejar* o reconhecimento de um acréscimo patrimonial se a efetiva substância econômica*, mediante a criação de uma sociedade veículo que transfere da controladora original para a controlada o ágio pago na sua aquisição, e ao final do processo de incorporação,* o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.
>
> *E, ao longo de todo seu arrazoado, a autoridade lançadora destacou que a AVERDIN criou nas empresas veículo APENINA e MKV o patrimônio necessário para que estas adquirissem a LISTEL e nelas restasse registrado o ágio pago nesta operação. Nas palavras da Fiscalização,* em 01/06/1999 a AVERDIN detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da LISTEL.
>
> *Assim, com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada. A investidora original, AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.*
>
> *Esta a razão, portanto, para a Fiscalização concluir que a operação entre LISTEL, APENINA e MKV* ocorreu em circuito fechado*. O adquirente, terceiro estranho à investida, nesta operação, é a AVERDIN, representante no Brasil do Grupo BellSouth, como demonstrado no organograma societário de fl. 1256, citado pelo I. Relator.*
>
> *(...)*
>
> *Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício,* montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real*. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar,*

> *os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização,* a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos.
>
> *Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1° e o inciso I do art. 2° da Lei n° 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei n° 4.502/64. Assim, a multa qualificada deve subsistir.*

Rejeita-se, portanto, a preliminar de inadmissibilidade do recurso.

Por questão de lógica, iniciar-se-á a apreciação pelo recurso da Contribuinte, eis que o da Fazenda trata da qualificação da multa de ofício aplicada.

## Recurso Especial da Contribuinte - Mérito

### Amortização do ágio

Conforme relatado, a Contribuinte rechaça no presente recurso a conclusão do acórdão recorrido no sentido de que o fato de a DABR ter adquirido a TDBH com recursos financeiros oriundos da Telefônica Datacorp, empresa sediada na Espanha, impossibilita a dedução da despesa com amortização do ágio surgido na operação, alegando, em apertada síntese, que "*o objetivo era que a DABR fosse a legítima sociedade holding do Grupo Telefônica para o segmento de dados, criado, ao mesmo tempo em que foi a única forma de se respeitar, a um só tempo os prazos da legislação societária para o aumento de capital da TDBH e os direitos dos seus acionistas minoritários*". Afirma, nesse sentido, que os recursos da TData foram aportados na DABR em junho de 2001 por meio de adiantamento para futuro aumento de capital ("AFAC"), havendo impossibilidade de realização de AFAC diretamente pela TData em razão de impedimento regulatório do setor. E refere que a interpretação expressa no acórdão recorrido "*resulta na impossibilidade do seu aproveitamento para ao menos 100% dos casos em que os investimentos realizados no Brasil tenham origem na aquisição de participações societárias por grupos estrangeiros*", o que representa quebra de confiança no próprio sistema adotado pela União e estabelece tratamento discriminatório do capital.

A Fazenda alega, em contrapartida, que a criação de um ágio fictício, simulado, que não apresenta qualquer propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua existência real, não permite a dedução da despesa com sua amortização nos termos previstos pela legislação tributária, referindo ser o caso do "ágio de si mesmo", em que ocorre a reavaliação espontânea de uma participação societária dentro de um grupo empresarial, onde o custo do ganho patrimonial decorrente dessa reavaliação é aproveitado fiscalmente pela própria pessoa jurídica cujo patrimônio é reavaliado.

Sem razão a Contribuinte. A dedução da amortização do ágio procedida pela Recorrente e glosada pela Fiscalização é indevida por diversos aspectos.

O primeiro aspecto abarca a falta de confusão patrimonial e a transferência do ágio, que foi o fundamento da decisão recorrida.

Para dele tratar, traz-se as razões vertidas por esta Relatora no acórdão nº 9101-002.960 (de 4 de julho de 2017, autuada AES TIETE S/A).

Naquele julgado, foi trazida elucidativa incursão conceitual e histórica do ágio feita no acórdão nº 9101-002.304 (de 6 de abril de 2016) pelo Conselheiro André Mendes de Moura, em que se afirma o conceito jurídico próprio de ágio, o qual é determinado pela legislação tributária e baliza a apreciação dos efeitos na apuração dos tributos. Nesse e em diversos outros julgados recentes desta Turma em que o voto condutor foi de sua lavra se afirma que "*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*".

Nesse contexto, a legislação tributária estabelece duas situações (ou "eventos") em que o ágio contabilizado é "aproveitado" na redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Ambas se relacionam a eventos em que o investimento da investidora na investida se extingue, deixa de existir.

O primeiro evento é o de alienação ou liquidação do investimento na investida pela investidora. Aqui, o ágio contabilizado se soma ao valor de patrimônio líquido do investimento para compor o valor contábil a ser considerado na apuração do ganho de capital, reduzindo-o (art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, na redação da época dos fatos, e art. 426 do RIR/1999). E o investimento deixa de existir na investidora, com a baixa do investimento alienado, ocorrendo uma "separação" entre investidora e investida.

O segundo evento é o de incorporação, fusão ou cisão em que investidora e investida passem a constituir uma mesma empresa. A partir da edição da Medida Provisória nº 1.607, de 1997, convertida na Lei nº 9.532, de 1997, tal situação passou a ser regrada pelos dispositivos ali existentes (arts. 7º e 8º na Lei nº 9.532, de 1997). Com a absorção da investida pela investidora (ou vice-versa) ali prevista, ocorre o "encontro" entre investida e investidora (confusão patrimonial) e a consequente extinção do investimento. Nessa situação, os dispositivos em questão estabelecem permissivo legal de o ágio contabilizado ser amortizado (e deduzido) à razão de no máximo um sessenta avos por mês.

De anotar, aliás, a concepção de que a hipótese de aproveitamento do ágio via amortização em caso de incorporação, fusão ou cisão, é excepcional em face da regra geral de utilização do ágio somente se e quando o investimento for alienado.

Os antes referidos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Esse dispositivo do RIR/1999 guarda forte relação com o artigo que lhe antecede, o qual, reproduzindo as disposições do art. 20 do já citado Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, estabelece as regras de contabilização do ágio. Transcrevem-se, pois, os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (sublinhou-se):

> *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):*

*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 anoscalendário 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).*

Das disposições dos artigos transcritos, tem-se que se dirigem à pessoa jurídica investidora que adquiriu participação societária com ágio ou deságio em pessoa jurídica que se torna sua investida e venha a absorver seu patrimônio (da investida) em virtude de incorporação, fusão ou cisão (hipótese do *caput* do art. 386). Ou, de forma reversa (ou "às avessas"), da investida que venha absorver o patrimônio da investidora que adquiriu participação societária nela com ágio ou deságio (hipótese do § 6º, inciso II do mesmo art. 386).

Tanto numa situação, como na outra, o aspecto pessoal da norma se define na pessoa jurídica que fez a aquisição da participação societária com ágio (ou deságio). Assim, no momento em que o investimento é transferido a uma terceira empresa, não pode mais se materializar a hipótese da norma, uma vez que descaracterizado o seu aspecto pessoal.

Em processo que envolvia ágio pago em aquisição ocorrida no bojo de processo de privatização no setor elétrico (processo nº 10480.723383/2010-76, em que a

autuada era a Companhia Energética de Pernambuco - CELPE), esta 1ª Turma da CSRF subscreveu o entendimento do Conselheiro Rafael Vidal do Araújo, que, com muita clareza, explicitou a impossibilidade de se deduzir amortizações de ágio transferido. Vale transcrever excertos da ementa e do voto (acórdão nº 9101-002.187, de 20 de janeiro de 2016, grifos originais):

> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*
>
> *Ano-calendário: 2007, 2008*
>
> *TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.*
>
> *Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.*
>
> Voto:
>
> *A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).*
>
> *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 debate se dirige à* ***investidora****,* ***aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição****,* ***sendo ela, e apenas ela*** *a destinatária da prerrogativa de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas* ***distintas*** *da investidora, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto* ***pessoal.***
>
> *(...)*
>
> *Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora* ***original*** *(para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao* **caput** ***do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo*** *torna-se impossível, vez que o fato imponível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a*

*investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).*

Outro requisito indispensável que exsurge das disposições dos artigos antes transcritos é a confusão patrimonial entre investidora e investida. A lógica que permeia esta condição reside no fato de que é a extinção do investimento que enseja o aproveitamento do ágio, e nos casos de incorporação, cisão ou fusão, a extinção do investimento, somente ocorre quando os patrimônios da investidora e da investida se encontram (ou se confundem).

Nesse quadro, não se pode admitir as deduções de amortização de ágio quando a confusão patrimonial é apenas aparente. Assim, caso a empresa investidora cujo patrimônio se encontrou com a empresa investida em decorrência de evento de incorporação, cisão ou fusão não for aquela que efetivamente suportou a aquisição do investimento, a despesa com amortização do ágio não poderá ser deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por diversas oportunidades esta 1ª Turma da CRSF vem se defrontando com casos em que operações societárias e movimentação de recursos precedem a incorporação de empresa adquirida com ágio junto a terceiros, incorporação essa que enseja a amortização do ágio pelo permissivo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Em todas elas, a averiguação da correção da dedução do ágio amortizado nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL não se restringe à legitimidade de origem do ágio e aos aspectos formais das operações. A confusão patrimonial entre a real investidora ("*aquela que efetivamente acreditou na 'mais valia' do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição*") e a investida é requisito indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, afastando-se situações artificiais em que a incorporação não envolve a real investidora.

Cite-se, por exemplo, o já mencionado acórdão nº 9101-002.304 (de 6 de abril de 2016) e o nº 9101-002.312 (de 3 de maio de 2016), ambos da lavra do Conselheiro André Mendes Moura. Transcreve-se a bem traçada ementa do primeiro julgado:

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

*Ano-calendário: 2005, 2006, 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 consumar 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.*

Mencione-se também os acórdãos nº 9101-002.428 (de 18 de agosto de 2016) e nº 9101-002.470 (de 21 de novembro de 2016), em que o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo figurou como Relator, valendo transcrever o trecho a seguir da ementa do último julgado:

*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.*

Cite-se, por fim, o acórdão nº 9101-002.213 (de 3 de fevereiro de 2016), da lavra do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, cuja ementa é transcrita a seguir:

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

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010*

*ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.*

*Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.*

No antes referido acórdão nº 9101-002.470, o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo foi preciso ao situar a figura do investidor de fato, que suporta o ágio, e a confusão patrimonial, efetiva e não aparente, nos componentes pessoal e material das regras de amortização do ágio que o RIR/1999 traz, nos já transcritos arts. 385 e 386, da Lei nº 9.532, de 1997, e no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Caso o ágio não tenha sido de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não restarão satisfeitos nem o aspecto pessoal da norma nem o material, não havendo "*sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999*". Confira-se:

*Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente* ***acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)****. Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.*

*Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).*

(...)

*De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal,* ***a confusão de patrimônios****, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se* ***quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente*** *(os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendidos os recursos aportados e o risco do empreendimento).*

*Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade.*

*Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".*

*Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.*

*Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial".*

*Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação "às avessas").*

*Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.*

O Conselheiro André Mendes Moura, por sua vez, no acórdão nº 9101-002.304, mostra que, independentemente da "*genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada*", o investidor originário é, de fato, aquele de quem partem a decisão e os recursos para a aquisição do investimento com sobrepreço. Veja-se:

*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.*

Feitas as digressões anteriores, verifica-se, no presente caso, que no "ágio 2002" (de R$ 132 milhões), eventual confusão patrimonial entre investidora (DABR) e investida (TDBH) seria somente aparente uma vez que, como expresso na autuação fiscal e consignado no acórdão recorrido, a real investidora, de quem partiram os recursos para a DABR subscrever o aumento de capital na TDBH, foi a Telefônica Datacorp (TData), empresa do Grupo Telefônica com sede na Espanha. Confira-se o trecho a seguir do TVF:

> *164. É certo, ainda, que os recursos utilizados para o aumento de capital da TDBH provieram de sociedade estrangeira do grupo Telefônica e foram dirigidos a uma outra sociedade também do grupo residente no Brasil, como pode ser assim sequencialmente resumido: a) pela 5ª Alteração do Contrato Social da DABR (Doc. 317), datada de 26/06/2001, a Telefônica Datacorp aumentou o capital social da DABR em R$ 498.112.400.00: => b) Por sua vez, tais recursos foram utilizados pela DABR para realizar o AFAC na TDBH ainda em 2001: => c) o AFAC foi convertido em subscrição de capital em 2002; => d) a DABR reconheceu um ágio de R$ 132.201.536.30 em função dessa subscrição.*
>
> *165. Note-se. pois, que apenas em função dessa verdadeira "transferência" de recursos de uma empresa para outra do mesmo grupo, foi reconhecido em 2002 na DABR um ágio da ordem de R$ 132 milhões, que em 2006 compôs o "Agio Contábil DABR", que por sua vez passou a ser tributariamente amortizado a partir de 2008. É inegável, portanto, que a mera "circulação" dos recursos entre empresas do grupo econômico gerou um deletério e ilegal efeito nos resultados fiscais da Telefônica a partir de 2008.*

Mais, ainda que se ignorasse tal fato, a partir do momento em que, em 2006, a participação da DABR na TDBH foi cedida para a TELESP, essa confusão patrimonial, que seria apenas aparente, não mais poderia vir a ocorrer (como de fato não ocorreu). É que, nesse momento, a participação societária da DABR na investida TDBH deixou de existir (foi extinta) na DABR, passando à titularidade da TELESP. A partir daí não se pode mais cogitar de "encontro" entre investida e investidora pela via da incorporação (segunda hipótese de aproveitamento tributário do ágio antes mencionada), pelo simples fato de que a participação da investidora na investida não mais existia.

É dizer, por mais relevantes que sejam as razões regulatórias, societárias e negociais a justificarem as operações levadas a cabo pela Contribuinte e ainda que o investimento na TDBH de que resultou o ágio tenha sido pago, a falta de confusão patrimonial e a transferência do ágio impedem que se concretize a hipótese da norma que prevê a regra de dedutibilidade da amortização do ágio decorrente de rentabilidade futura da investida nos casos de incorporação, fusão ou cisão.

Mas não é só o aspecto da falta de confusão patrimonial e de transferência do ágio que impossibilitam a dedução do "ágio 2002". O requisito da demonstração da rentabilidade futura da investida, indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, também não foi satisfeito.

Ora, o antes transcrito art. 385 do RIR/1999 estabelece que o lançamento do ágio deve indicar a razão econômica que levou o seu pagamento, a qual, por seu turno, deve

estar demonstrada em um documento arquivado em comprovação. No caso de o fundamento econômico do ágio se assentar em perspectiva de rentabilidade futura, o lançamento do ágio deve indicar o "valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros".

No presente caso, no entanto, a Contribuinte, que justificara a precificação do investimento feito pela DABR na TDBH quando da subscrição do aumento de capital da última empresa a preços de mercado ("*a TDBH era companhia aberta, com ações negociadas na BOVESPA, era necessário que a relação de troca do aumento de capital fosse realizada a valor de mercado, de forma a não diluir os minoritários de forma injusta*"), não demonstrou a rentabilidade futura da investida, hipótese que autoriza a dedução da amortização do ágio na inteligência do citado art. 385 do RIR/1999. Confira-se o trecho a seguir do TVF:

> *48. O surgimento desse ágio na DABR em 2002 foi assim resumido pelo fiscalizado em sua resposta datada de 30/07/2013 (Doc. 151), apresentada em atendimento ao item 01.1 do Termo de Intimação Fiscal n° 24 (Doc. 144):*
>
> > Em resposta ao Item 01.1**,** a Intimada esclarece que o ágio foi originado em operação consistente nos seguintes passos: (i) em Junho de 2001, a DABR aportou o valor de R$ 495.080.496,97 (quatrocentos e noventa e cinco milhões, oitenta mil, quatrocentos e noventa e seis reais e noventa e sete centavos) na TDBH (companhia aberta com ações negociadas na Bolsa de Valores de São Paulo - "BOVESPA"), a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital ("AFAC"); (ii) posteriormente, em 26.4.2002, o AFAC foi convertido em aumento de capital efetuado pela DABR na TDBH, no valor total de R$ 495.080.496,97; e (iii) como a TDBH era companhia aberta, com ações negociadas na BOVESPA, era necessário que a relação de troca do aumento de capital fosse realizada a valor de mercado, de forma a não diluir os minoritários de forma injusta, com a consequente geração do ágio no valor de RS 132.201.536,30 (cento e trinta e dois milhões, duzentos e um mil, quinhentos e trinta e seis reais e trinta centavos).
>
> *49. Impõe-se ainda ressaltar que o fiscalizado foi explicitamente intimado pelos Termos de Intimação Fiscal n° 24 (Doc. 144) e n° 26 (Doc. 180) a apresentar não apenas o laudo de avaliação que deu suporte a tal ágio registrado na DABR em 2002 mas também a comprovar seu fundamento econômico. A despeito de ter formulado pedidos de prorrogação de prazo para atendimento, o fiscalizado não apresentou tal documentação que tratasse especificamente deste ágio contabilizado no ano de 2002 na DABR em função da aludida operação.*

Ora, se a utilização de valores de mercado é suficiente para satisfazer regras e práticas atinentes às sociedades anônimas com cotação em bolsa e preservar os interesses dos sócios minoritários, não o é para satisfazer os requisitos da lei tributária que, excepcionalmente, torna dedutível a amortização de ágio em aquisição de investimento calcado em perspectiva de rentabilidade futura, na hipótese de incorporação da investida pela investidora (e vice-versa). Vale lembrar que o ágio fundamentado em avaliação a valor de mercado de bens do ativo da investida sequer propicia amortizações dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e CSLL quando de incorporação, fusão ou cisão, a teor dos arts. 385 e 386 do RIR/1999.

Outro aspecto de fundamental relevância no presente caso é o de que as operações que deram ensejo à formação do ágio terem sido levada a cabo dentro de grupo econômico. Ou seja, está-se diante de caso de ágio "intragrupo" ou "interno".

Com efeito, ao longo do TVF, a Fiscalização empreende esforço para demonstrar que as empresas envolvidas nas operações de que aqui se trata se encontravam sob o controle comum do Grupo Telefônica, e tal fato, como assinalado alhures, não é contestado.

No caso do "ágio 2006", não só o ágio surge dentro do grupo econômico como constitui, a toda evidência, ágio surgido e aproveitado pela mesma empresa, o que se convencionou chamar de "ágio de si mesmo". De fato, a operação de incorporação da TDBH pela TELESP havida em 2006 faz, ao fim e ao cabo, surgir um ágio em participação na TELESP que mais adiante é amortizado pela própria TELESP, sem que tenha havido qualquer dispêndio efetivo.

Rememorando, na incorporação da TDBH pela TELESP, a DABR, que então detinha participação de 54% na TDBH, cedeu essa participação à TELESP. A TELESP, por seu turno, aumentou seu capital e cedeu ações suas à DABR em troca das ações da TDBH. A relação de troca entre as ações foi determinada pelo valor econômico das duas empresas, daí decorrendo o percentual de 1,5% do capital da TELESP recebido pela DABR na operação. A Fiscalização dimensionou o ágio em questão em R$ 112.207.332,08, correspondente à diferença entre o valor patrimonial da participação na TDBH cedido pela DABR e o valor patrimonial da participação na TELESP recebida pela DABR, descontados dividendos e juros sobre capital próprio.

Mais adiante, em 2008, a TELESP incorporou a DABR, trazendo aquele ágio que se formou sobre participação nela mesma.

Extrai-se daí que, por decisão do Grupo Telefônica, a cedência da participação da DABR (empresa do grupo) na TDBH (também empresa do grupo) para que essa fosse incorporada pela TELESP foi pela TELESP (igualmente empresa do grupo) "paga" com reavaliação de seu próprio patrimônio (da TELESP). E a isto se seguiu incorporação da DABR pela TELESP, e o aproveitamento tributário do ágio.

Para usar as classificações construídas pela doutrina, o que se tem não é apenas "ágio interno" (surgido em operações intragrupo), mas um subtipo seu, o "ágio de si mesmo". Com efeito, o ágio surge de reavaliação do capital da TELESP (por conta da cedência de ações para a DABR) e por ela própria é amortizado.

O que resulta das operações levadas a cabo é que o grupo cumpre sua decisão de reunificar linhas de negócio, trazendo de volta para dentro da TELESP a TDBH (originada anos antes de cisão da própria TELESP, como dito alhures), sendo que, ao invés de dispêndio, há um ganho.

A Fiscalização foi clara ao assinalar que se estava diante de caso em que as partes envolvidas nas operações de que surgiu o ágio não eram independentes, submetendo-se a um mesmo controlador, o que faz com que as bases do negócio encetado não tenham a necessária validação do mercado. Destaca, inclusive, a decisão do grupo de estabelecer a relação de substituição de ações TELESP x TDBH com base em avaliações econômicas dessas empresas e a observação da consultoria que fez as avaliações no sentido de que os valores econômicos determinados em seu estudo não deveriam ser interpretados como representativos dos valores efetivos de venda a terceiros. Confiram-se os excertos a seguir do TVF:

> *1*26. ***Fica comprovado, pois, que o ágio registrado em 2006 na DABR, apesar de formalmente derivar de transações envolvendo pessoas jurídicas distintas (o que***

***poderia então erroneamente conduzir à precipitada conclusão do que tal intangível decorreu de vontades autônomas de negociantes independentes entre si), materialmente foi resultado de uma única vontade, qual seja, a do controlador comum a todas as entidades que participaram do rearranjo societário. O controlador comum detinha o total domínio não só da implementação da transação, mas também de suas condições e implicações***.

*127. No que diz respeito à sociedade incorporada (TDBH), a preponderância da vontade do controlador fica ainda mais irrefutável ao se examinar a Ata da 5ª Assembleia Geral Extraordinária da TDBH, realizada em 28/04/2006[52] doc. 322), a qual revela a aprovação do Protocolo e de sua incorporação pelo fiscalizado. Como se deduz dos excertos a seguir transcritos da mencionada Ata, a despeito da discordância de acionistas minoritários da TDBH quanto à incorporação da companhia pelo fiscalizado, a incontrastável decisão do controlador foi determinante para a sua aprovação:*

*(...)*

*129.* ***Por certo, o "nascimento" do ágio registrado na DABR decorreu de uma única vontade: a do controlador comum, porquanto este era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam - tanto na sociedade incorporada (TDBH), quanto na incorporadora (TELESP) e na própria DABR - a maioria dos votos nas deliberações sociais das pessoas jurídicas envolvidas. O controlador comum pôde, assim, impor não só a incorporação propriamente dita mas também uma série de condições que lhe aprouvesse (notadamente a relação de substituição de ações e a consequente geração do ágio registrado na DABR)***.

*(...)*

*133.* ***No caso do ágio intragrupo. em que as partes pretensamente negociantes estão submetidas a um mesmo controlador (ainda que residente no exterior, como no caso em questão, em que a matriz do grupo c sociedade espanhola)» os valores da transação, embora na aparência determinados pelas partes, são fixados unicamente por esse controlador (diretamente ou por intermédio de suas controladas). Em verdade, inexistem propriamente partes distintas na negociação, mas sim uma parte única (o controlador), cuja vontade é preponderante e decisiva. Em uma transação entre partes sujeitas a um mesmo controle não há uma genuína negociação para a fixação de um legítimo preço (e consequentemente de um eventual ágio nele incluído) que exprima o valor da participação negociada. Ele é determinado, em última instância, unicamente pela sociedade controladora, razão pela qual a falta de confiabilidade da mensuração do valor econômico da participação é intransponível (por consequência, o mesmo se pode dizer em relação ao ágio que integra o suposto preço da operação).***

*(...)*

*135. No caso analisado, as pretensas avaliações econômico-financeiras relativas à TELESP e à TDBH — consubstanciadas no Relatório de Avaliação especificamente elaborado visando à operação de incorporação da TDBH pela TELESP (Doc. 15) - incontestavelmente, seriam aprovadas pelas partes, uma vez que todas estavam sujeitas a um controlador comum. Não houve, portanto, qualquer "validação" das alegadas avaliações por um terceiro independente que lhes conferiria confiabilidade. O trecho a seguir transcrito da página 3 do indigitado relatório já deixa patente a inexistência de uma imprescindível legitimação das avaliações por um terceiro independente:*

> Como conseqüência, os resultados determinados nas Avaliações não correspondem necessariamente aos, tampouco devem ser interpretados como representativos dos, valores efetivos de venda de qualquer das Companhias para terceiros pelos quais qualquer das Companhias poderia ser negociada na presente data ou em momento futuro.

> *140. Em urna transação intragrupo que tenha por objeto participações societárias, não há justificativa para a mudança de base de avaliação dos investimentos (no caso em questão, como visto, a estipulada relação de substituição de ações decorreu das avaliações econômicas da TDBH e da TELESP, e portanto, o ágio adveio de uma mudança de base de avaliação comparativa das companhias). O suposto "preço" da operação, que não foi fruto de uma legítima validação pelo mercado, mas sim determinado pelo controlador comum, não pode ser adotado como uma confiável avaliação econômica dos investimentos. E dada a absoluta falta de confiabilidade dessas avaliações, as quais não foram submetidas ao crivo de um terceiro independente, não se sustenta a mudança da base de avaliação desses investimentos.*

Deixou também consignado a Fiscalização a impossibilidade de se justificar um custo em operação societária intragrupo em que não há dispêndio, assinalando a ilicitude de se reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, independentemente das razões negociais da reestruturação engendrada:

> *141. A teoria contábil, a lei comercial e a lei tributária dão respaldo apenas ao ágio pago numa negociação entre partes não relacionadas entre si. Na situação aqui enfrentada, reitere-se, não se pode invocar a ocorrência de negociação de livre iniciativa entre partes interessadas, independentes e detentoras de conhecimentos suficientes sobre o negócio em um mercado livre. Assinale-se que um determinado custo só se justifica quando há um dispêndio para se adquirir algo de terceiros independentes.* ***Economicamente não há geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo, ou seja, dos acionistas com eles próprios, razão por que o ágio intragrupo carece de possibilidade de reconhecimento.***

> *154. No caso em concreto, não se questiona a reestruturação por que passou o grupo Telefônica, levando-se em conta as competências legalmente conferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, não se opõe aqui propriamente às operações societárias engendradas. O que se refuta é, do ponto de vista tributário, a licitude dos valores atribuídos a essas operações, uma vez que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL foram vultosa e ilegalmente diminuídas em face da amortizações de um ágio artificialmente gerado em operações intragrupo.*

> *156. Assim, impõe-se concluir que o ágio intragrupo é desprovido de requisitos que o habilitem a ser reconhecido como um ativo passível de amortização tributária. Acatar sua dedubilidade implicaria consentir que uma despesa artificialmente criada pudesse reduzir as bases imponíveis do IRPJ e da CSLL, A ilegitimidade da amortização do ágio intragrupo fica ainda mais parente ao se imaginar que o contribuinte pudesse, ao seu arbítrio e de tempos em tempos, reduzir ou até cessar o pagamento de tributos. bastando, para tanto, ardilosamente criar despesas fictícias de amortização de um ágio supostamente decorrente da implantação de mais um "novo modelo organizacional".*

Tais conclusões vão ao encontro do que essa 1ª Turma da CSRF tem decidido em casos de glosas de amortizações de ágio interno.

Citem-se os acórdãos nºs 9101-002.389, 9101002.390 e 9101-002.391 (julgados de 13 de julho de 2016, de relatoria desta Conselheira, em que figuraram como autuadas empresas do Grupo Gerdau); nº 9101-002.550 (julgado em 7 de fevereiro de 2017, de relatoria desta Conselheira, autuada CVI Refrigerantes); e nº 9101-002.300 (julgado em 7 de abril de 2016, de relatoria do Conselheiro Rafael Vidal do Araújo, autuada Barigui Veículos Ltda.), cumprindo transcrever trechos das ementas dos dois últimos julgados citados:

> Acórdão nº 9101-002.550:
>
> *AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.*
>
> *Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada.*
>
> Acórdão nº 9101-002.300:
>
> *ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem qualquer lógica negocial, sem alteração do controle das sociedades envolvidas e sem qualquer desembolso constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização.*
>
> *A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.*
>
> *Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.*

Como consignado nos julgados antes referidos, a Lei nº 9.532, de 1997, em seus artigos 7º e 8º, jamais pode ser interpretada como permissiva de dedutibilidade de uma despesa que foi inexistente.

Com efeito, a norma em questão trata expressamente de participações adquiridas com ágio ou deságio, e ágio, pressupõe um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor de contabilizado (como deságio pressupõe pagamento a menor), reforçando-se ainda, quando o caput do art. 7º faz referência ao Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, o qual, também de forma expressa, define o ágio como diferença entre custo de aquisição e o valor do PL ao tempo dessa aquisição:

> Lei nº 9.532, de 1997:
>
> *Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha*

> *participação societária* ***adquirida com ágio ou deságio****, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:*
>
> .....
>
> *III -* ***poderá amortizar o valor do ágio*** *cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998).* (negritei)
>
> Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (redação vigente ao tempo dos fatos geradores):
>
> *Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o* ***custo de aquisição*** *em:*
>
> *I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e*
>
> *II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o* ***custo de aquisição*** *do investimento e o valor de que trata o número I.* (negritei)

Aliás, a definição de Custo de Aquisição trazida pelo Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações elaborado pela FIPECAFI (item 10.3.2.a, da 7ª ed., 2008), não deixa dúvidas:

> *"a) CUSTO DE AQUISIÇÃO O custo de aquisição é o valor efetivamente despendido na transação por subscrição relativa a aumento de capital, ou ainda pela compra de ações de terceiros, quando a base do custo é o preço total pago. Vale lembrar que esse valor pago é reduzido dos valores recebidos a título de distribuição de lucros (dividendos), dentro do período de seis meses após a aquisição das cotas ou ações da investida."* (Grifei)

Ou seja, os valores a serem registrados como custo de aquisição, como preço pago, deve corresponder ao valor despendido, pago, nas transações com agentes externos, para obtenção do investimento.

Ainda do referido Manual, 7ª ed., destacam-se todas as menções feitas a valor pago e aquisição de ações, no sentido de demonstrar o que a teoria contábil considera custo de aquisição e ágio:

> *"11.7.1 – Introdução e Conceito*
>
> *Os investimentos, como já vimos, são registrados pelo valor da equivalência patrimonial e, nos casos em que os investimentos foram feitos por meio de subscrições em empresas coligadas ou controladas, formadas pela própria investidora, não surge*

*normalmente qualquer ágio ou deságio. Veja-se, todavia, caso especial no item 11.7.6.*

*Todavia, no caso de uma companhia adquirir ações de uma empresa já existente, pode surgir esse problema.*

*O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e* o valor patrimonial *das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial.*

*Dessa forma, há ágio quando o preço de custo das ações for maior que seu valor patrimonial, e deságio, quando for menor, como exemplificado a seguir.*

*11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio*

*Ao comprar ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da compra, segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta.(...)*

*11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio*

*a)GERAL*

*Para permitir a determinação do valor do ágio ou deságio, é necessário que, na data-base da aquisição das ações, se determine o valor da equivalência patrimonial do investimento, para o que é necessária a elaboração de um Balanço da empresa da qual se compraram as ações, preferencialmente na mesma data-base da compra das ações ou até dois meses antes dessa data. Todavia, se a aquisição for feita com base num Balanço de negociação, poderá ser utilizado esse Balanço, mesmo que com defasagem superior aos dois meses mencionados. Ver exemplos a seguir.*

*b) DATA-BASE*

*Na prática, esse tipo de negociação é usualmente um processo prolongado, levando, às vezes, a meses de debates até a conclusão das negociações. A data-base da contabilização da compra é a da efetiva transmissão dos direitos de tais ações aos novos acionistas; a partir dela, passam a usufruir dos lucros gerados e das demais vantagens patrimoniais.(...)*

*11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio*

*(...) c) ÁGIO POR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA*

*Esse ágio (ou deságio) ocorre quando se paga pelas ações um valor maior (menor) que o patrimonial, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.*

*Esse tipo de ágio ocorre com maior frequência por envolver inúmeras situações e abranger diversas possibilidades.*

*No exemplo anterior da Empresa B, os $ 100.000.000 pagos a mais na compra das ações representam esse tipo de ágio e devem ser registrados nessa subconta específica.*

*Sumariando, no exemplo anterior, a contabilização da compra das ações pela Empresa A, por $ 504.883.200, seria (...).*

*11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio*

*CONTABILIZAÇÃO*

*V – Amortização do ágio (deságio) por valor de rentabilidade futura*

*O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações adquiridas um valor adicional ao do patrimônio líquido de $ 200.000, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa adquirida. Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se pagou o ágio não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente).(...)*

*Nesse sentido, a CVM determina que o ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada deverá ser amortizada da seguinte forma (...).*

*11.7.6 Ágio na Subscrição*

*(...)*

*por outro lado, vimos nos itens anteriores ao 11.7 que surge o ágio ou deságio somente quando uma empresa adquire ações ou quotas de uma empresa já existente, pela diferença entre o valor pago a terceiros e o valor patrimonial de tais ações ou quotas adquiridas dos antigos acionistas ou quotistas.*

*Poderíamos concluir, então, que não caberia registrar um ágio ou deságio na subscrição de ações. Entendemos, todavia, que quando da subscrição de novas ações, em que há diferença entre o valor de custo do investimento e o valor patrimonial contábil, o ágio deve ser registrado pela investidora.*

*Essa situação pode ocorrer quando os acionistas atuais (Empresa A) de uma empresa B resolvem admitir novo acionista (Empresa X) não pela venda de ações já existentes, mas pela emissão de novas ações a serem subscritas, pelo novo acionista. Ou quando um acionista subscreva aumento de capital no lugar de outro.*

*O preço de emissão das novas ações, digamos $ 100 cada, representa a negociação pela qual o acionista subscritor está pagando o valor patrimonial contábil da Empresa B, digamos $ 60, acrescido de uma mais-valia de $ 40, correspondente, por*

> *exemplo, ao fato de o valor de mercado dos ativos da Empresa B ser superior a seu valor contabilizado. Tal diferença representa, na verdade, uma reavaliação de ativos, mas não registrada pela Empresa B, por não ser obrigatória.*
>
> *Notemos que, nesse caso, não faz sentido lógico que o novo acionista ou mesmo o antigo, ao fazer a integralização do capital, registre seu investimento pelo valor patrimonial das suas ações e reconheça a diferença como perda não operacional. Na verdade, nesse caso, o valor pago a mais tem substância econômica bem fundamentada e deveria ser registrado como um ágio, baseado no maior valor de mercado dos ativos da Empresa B."* (Grifei)

É bem verdade que no item 38.6.1.2, ao tratar da Incorporação Reversa com Ágio Interno, o referido Manual, ao analisar o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, aduz que o referido diploma legal admitia a reavaliação de participações societárias, quando da integralização de ações subscritas, com o diferimento da tributação do IRPJ e da CSLL e concluem os autores da obra:

> *"Questiona-se, desse modo, a racionalidade econômica do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, pelo lado do ente tributante, que permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de 'sociedades veículos', que surgem e são extintas em curso lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas 'casca', com finalidade meramente elisiva.*
>
> *Do ponto de vista tributário, à luz do art. 36, e dependendo da forma pela qual a operação é realizada, a Fazenda pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL e difere a tributação do 'ganho de capital' registrado pela companhia que subscreve e integraliza aumento de capital em 'sociedade veículo' ou de participação 'casca', a ser em seguida incorporada".*

Com a devida vênia aos autores, é de se verificar que existe permissão legal, sim, de integralização de capital social com ações de outra empresa, que há permissão legal de avaliação de investimentos em sociedades coligadas e controladas com o desdobramento do custo de aquisição em reavaliação; contudo, o que não há é autorização legal para, em virtude dessa integralização, lançar em contrapartida o desdobramento do custo como ágio, pois, **em operações internas, sem que um terceiro se disponha a pagar uma mais-valia, não há ágio; a contrapartida é uma reavaliação de ativos**.

E é isso que os autores confundem quando tratam do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, **porque essa lei sequer fala em ágio**. Assim, o que esse dispositivo tratava é da possibilidade de diferimento do ganho de capital, quando uma companhia A, que possui participação societária em B, resolve constituir C, subscrevendo capital com ações reavaliadas de B. Ocorre que essa reavaliação de B, quando as operações ocorrem dentro de um mesmo grupo, constitui, tão somente, uma reavaliação. A lei não autoriza que a contrapartida da reavaliação seja uma conta de ágio. Só existe ágio se um terceiro se dispõe a reconhecer esse sobrepreço e a pagar por ele. Sem onerosidade, descabe falar em mais-valia.

E é nessa linha que os autores acabam concluindo às fls. 599 e 600 da 7ª edição:

> *"Para admitir-se o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, deve-se enxergá-la tecnicamente, abstraindo outras questões, similarmente a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social. Poder-se-ia advogar que seu registro encontra amparo no fato de haver uma evidência persuasiva de sua substância econômica: um diploma legal que corrobora o seu surgimento. E ainda dentro dessa corrente de pensamento, seria admitido como critério de mensuração contábil inicial, por analogia, o mesmo dispensado a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social, qual seja,* ***mensuração a valores de saída,*** *utilizando o método do fluxo de benefícios futuros trazidos a valor presente, no limite de benefícios nominais projetados para dez anos.*
>
> *Por outro lado, haveria também como refutar o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, ao se enxergá-la tecnicamente como um intangível gerado internamente. Dentro do Arcabouço Conceitual Contábil em vigor, considerando a* ***mensuração a valores de entrada,*** *não se admite o reconhecimento de um ativo que não seja por seu custo de aquisição. Um intangível gerado internamente, como no caso em comento, embora gere benefícios econômicos inquestionáveis para uma dada entidade, tem o seu reconhecimento contábil obstado por uma simples razão: a ausência de custo para ser confrontado com benefícios gerados e permitir, com isso, a apuração de lucros consentâneos com a realidade econômica da entidade.*
>
> *(...)*
>
> *Só que, no caso desses créditos tributários derivados de operações societária entre empresas sob controle comum, não há, na essência, e também na figura das demonstrações consolidadas, qualquer desembolso que lhes dê suporte. Direitos obtidos sem custo, como direitos autorais, por exemplo, não são contabilizados; o* goodwill *(fundo de comércio) desenvolvido sem custo ou com custo diluído ao longo de vários anos na forma de despesas já reconhecidas também não é contabilizado; patentes criadas pela empresa são registradas apenas pelo seu custo etc. Por que os direitos de pagar menos tributos futuros,* advindos de operações com ausência de propósito negocial e permeadas por abuso de forma, *seriam registrados? Essas seriam discussões no campo técnico e conceituai a serem travadas. Contudo, estimulando um pouco mais o debate, deve-se atentar para uma questão sobremaneira crucial para a Contabilidade. Do ponto de vista institucional e moral da profissão contábil, e por que não político, admitir-se o registro do ativo fiscal implica estimular o surgimento de uma indústria do ágio?*
>
> *Assim, à parte possíveis controvérsias conceituais, o procedimento mais adequado,* ***técnica e eticamente,*** *é não se proceder ao reconhecimento do ativo fiscal diferido nessas operações."*(Grifei)

Por oportuno, trago ainda a versão do Manual de Contabilidade Societária, após as normas internacionais e os pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (edição de 2010, pág. 442), que reforça ainda mais o que entendiam os autores do Manual:

> *"Considerando que na época não havia uma normatização contábil similar ao CPC 15, a consequência direta da prática desse tipo de incorporação (reversa) era a geração de um*

> *benefício fiscal bem como o reconhecimento contábil de um ágio gerado internamente (contra o qual, nós, os autores deste Manual, sempre nos insurgimos).*
>
> *Dessa forma, era fortemente criticada a racionalidade econômica do art. 36 da Lei nº 10.637/02, que permitia que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios (sob controle comum) criassem artificialmente ágios internamente por intermédio da constituição de "sociedades veículo", que surgem e são extintas em curto lapso de tempo, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva.*
>
> *Nesse sentido, vale lembrar que a CVM vedava fortemente esse tipo de prática (vide Ofício-Circular CVM SNC/SEP nº 01/2007), uma vez que a operação se realizava entre entidades sob controle comum e, portanto, careciam de substância econômica (nenhuma riqueza era gerada efetivamente em tais operações). Além disso, o ágio fundamentado em rentabilidade futura* (goodwill) *proveniente de combinações entre entidades sob controle comum era eliminado nas demonstrações consolidadas da controladora final, tornando inconsistente o reconhecimento desse tipo de ágio gerado internamente (na ótica do grupo econômico não houve geração de riqueza).*
>
> *Atualmente, o art. 36 da Lei nº 10.637/02 foi revogado pela Lei nº 11.196/05 (art. 133, inciso III), bem como com a entrada em vigor do CPC 15, para fins de publicação de demonstrações contábeis, não mais será possível reconhecer contabilmente um ágio gerado internamente em combinações de negócio envolvendo entidades sob controle comum."*

Convém observar que tudo isso foi escrito antes mesmo da MP nº 627, de 2013!

É importante também destacar que o próprio Conselho Federal de Contabilidade estabeleceu, por meio da Resolução nº CFC nº 750, de 1993, que as essências das transações devem prevalecer sobre a forma, e que a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser efetuada com base nos valores de entrada, considerando-se como tais aqueles resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, senão vejamos:

> *Art. 1º. Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (PFC) os enunciados por esta Resolução.*
>
> *§ 1º. A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).*
>
> *§ 2º. Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais.*
>
> *(...)*

> *Art. 7º. Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.*
>
> *Parágrafo único. Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:*
>
> *I - a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;*
>
> *II – uma vez integrado no patrimônio, o bem, direito ou obrigação não poderão ter alterados seus valores intrínsecos, admitindo-se, tão-somente, sua decomposição em elementos e/ou sua agregação, parcial ou integral, a outros elementos patrimoniais;*
>
> *III – o valor original será mantido enquanto o componente permanecer como parte do patrimônio, inclusive quando da saída deste;*
>
> *IV – os Princípios da ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA e do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL são compatíveis entre si e complementares, dado que o primeiro apenas atualiza e mantém atualizado o valor de entrada V – o uso da moeda do País na tradução do valor dos componentes patrimoniais constitui imperativo de homogeneização quantitativa dos mesmos."* (Grifei).

O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 para aprovar a NBC T 19.10 – Redução ao Valor Recuperável de Ativos, aplicável aos exercícios encerrados a partir de dezembro de 2008, cujo item 120 determina expressamente:

> *"120. O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado".*

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis, também repudiou o ágio interno por meio do CPC nº 04, aprovado em 2010, que, ao se manifestar sobre ativo intangível, dedicou os itens 48 a 50 para tratar do "Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente", deixando bastante claro que tal ágio sequer deve ser reconhecido como ativo:

> ***Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente***
>
> *48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.*

> *49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos no presente Pronunciamento. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo*.(Grifei)

Também em 2010, o Conselho Federal de Contabilidade por meio da Resolução CFC nº 1.303, de 2010, aprovou a NBC TG 04, que tem como base o mencionado Pronunciamento Técnico CPC 04 já acima transcrito :

> *Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente*
>
> *48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.*
>
> *49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos na presente Norma. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo.*
>
> *50. As diferenças entre valor de mercado da entidade e o valor contábil de seu patrimônio líquido, a qualquer momento, podem incluir uma série de fatores que afetam o valor da entidade. No entanto, essas diferenças não representam o custo dos ativos intangíveis controlados pela entidade.* (Grifei)

Também a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 2007, no item 20.1.7 tratou o ágio interno nos seguintes termos:

> *20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas*
>
> *A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".*
>
> *Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.*

> *Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.*
>
> *Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.*
>
> *Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".*
>
> *Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.* (Grifei)

Em 2011, inclusive, o Comitê quando aprova o CPC nº 15, que trata das demonstrações contábeis acerca da combinação de negócios e seus efeitos, deixa expresso que o Pronunciamento não alcança a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum:

> ***Objetivo***
>
> *1. O objetivo deste Pronunciamento é aprimorar a relevância, a confiabilidade e a comparabilidade das informações que a entidade fornece em suas demonstrações contábeis acerca de combinação de negócios e sobre seus efeitos. Para esse fim, este Pronunciamento estabelece princípios e exigências da forma como o adquirente:*
>
> *(a) reconhece e mensura, em suas demonstrações contábeis, os ativos identificáveis adquiridos, os passivos assumidos e as participações societárias de não controladores na adquirida;*
>
> *(b) reconhece e mensura o ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill adquirido) advindo da combinação de negócios ou o ganho proveniente de compra vantajosa;e*

> *(c) determina quais as informações que devem ser divulgadas para possibilitar que os usuários das demonstrações contábeis avaliem a natureza e os efeitos financeiros da combinação de negócios.*
>
> .....
>
> ***Combinação de negócios de entidades sob controle comum – aplicação do item 2(c)***
>
> *B1. Este Pronunciamento não se aplica a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum. A combinação de negócios envolvendo entidades ou negócios sob controle comum é uma combinação de negócios em que todas as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, antes e depois da combinação de negócios, e esse controle não é transitório.*
>
> *B2. Um grupo de indivíduos deve ser considerado como controlador de uma entidade quando, pelo resultado de acordo contratual, eles coletivamente têm o poder para governar suas políticas financeiras e operacionais de forma a obter os benefícios de suas atividades. Portanto, uma combinação de negócios está fora do alcance deste Pronunciamento quando o mesmo grupo de indivíduos tem, pelo resultado de acordo contratual, o poder coletivo final para governar as políticas financeiras e operacionais de cada uma das entidades da combinação de forma a obter os benefícios de suas atividades, e esse poder coletivo final não é transitório.*

E não é só isso. Até o voto proferido no acórdão nº 1101-00.708 (o qual, aliás, foi reformado pelo já citado acórdão nº 9101-002.388, de relatoria desta Conselheira), a jurisprudência do CARF também trilhava o mesmo caminho, isto é, o CARF não admitia a dedutibilidade da amortização de ágio surgido em operações internas ao grupo econômico, nem com o uso de empresas veículos, conforme acórdãos nº 101-96-724, 103-23.290, 105-17.219, todos de decisões unânimes na matéria ágio.

Por conseguinte, não se pode afirmar agora que o ágio interno só deixou de ser dedutível a partir da Lei nº 12.973, de 2014, ou melhor, da MP nº 627, de 2013, da qual referida lei resultou por conversão. Na verdade, a nova lei, ao dispor expressamente assim, nada mais fez do que explicitar que, por óbvio, ágio pressupõe sobrepreço pago por partes independentes, ou seja, a indedutibilidade do ágio interno para fins fiscais decorre do fato de ele não ser aceito sequer contabilmente.

Aliás, é nesta linha que se verifica já na própria exposição de motivos da MP nº 637, de 2013, que ora colaciono:

> *EM nº 00187/2013 MF*
>
> *Brasília, 7 de Novembro de 2013*
>
> *Excelentíssima Senhora Presidenta da República,*
>
> *Submeto à apreciação de Vossa Excelência a Medida Provisória que altera a legislação tributária federal e revoga o Regime Tributário de Transição - RTT instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, bem como dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo*

*patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas e de lucros auferidos por pessoa física residente no Brasil por intermédio de pessoa jurídica controlada no exterior; e dá outras providências*.

*1. A Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, alterou a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 - Lei das Sociedades por Ações, modificando a base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. A Lei nº 11.941, de 2009, instituiu o RTT, de forma opcional, para os anos-calendário de 2008 e 2009, e, obrigatória, a partir do ano-calendário de 2010.*

*2. O RTT tem como objetivo a neutralidade tributária das alterações trazidas pela Lei nº 11.638, de 2007. O RTT define como base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP, e da COFINS os critérios contábeis estabelecidos na Lei nº 6.404, de 1976, com vigência em dezembro de 2007. Ou seja, a apuração desses tributos tem como base legal uma legislação societária já revogada.*

*3. Essa situação tem provocado inúmeros questionamentos, gerando insegurança jurídica e complexidade na administração dos tributos. Além disso, traz dificuldades para futuras alterações pontuais na base de cálculo dos tributos, pois a tributação tem como base uma legislação já revogada, o que motiva litígios administrativos e judiciais.*

*4. A presente Medida Provisória tem como objetivo a adequação da legislação tributária à legislação societária e às normas contábeis e, assim, extinguir o RTT e estabelecer uma nova forma de apuração do IRPJ e da CSLL, a partir de ajustes que devem ser efetuados em livro fiscal. Além disso, traz as convergências necessárias para a apuração da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.*

*(...)*

*15.9. O art. 20, com o intuito de alinhá-lo ao novo critério contábil de avaliação dos investimentos pela equivalência patrimonial, deixando expressa a sua aplicação a outras hipóteses além de investimentos em coligadas e controladas, e registrando separadamente o valor decorrente da avaliação ao valor justo dos ativos líquidos da investida (mais-valia) e a diferença decorrente de rentabilidade futura (**goodwill**). O § 3º determina que os valores registrados a título de mais-valia devem ser comprovados mediante laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deve ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação. Outrossim, em consonância com as novas regras contábeis, foi estabelecida a tributação do ganho por compra vantajosa no período de apuração da alienação ou baixa do investimento;*

*(...)*

> *Os arts. 19 e 20 dispõem sobre o tratamento tributário a ser dado à mais ou menos-valia que integrará o custo do bem que lhe deu causa na hipótese de fusão, incorporação ou cisão da empresa investida. Tendo em vista as mudanças nos critérios contábeis, a legislação tributária anterior revelou-se superada, haja vista não tratar especificamente da mais ou menos-valia, daí a necessidade de inclusão desses dispositivos estabelecendo as condições em que os valores poderão integrar o custo do bem para fins tributários. Os referidos dispositivos devem ser analisados juntamente com o disposto nos arts. 35 a 37.*
>
> *32. As novas regras contábeis trouxeram grandes alterações na contabilização das participações societárias avaliadas pelo valor do patrimônio líquido. Dentre as inovações introduzidas destacam-se a alteração quanto à avaliação e ao tratamento contábil do novo ágio por expectativa de rentabilidade futura, também conhecido como* ***goodwill****. O art. 21 estabelece prazos e condições para a dedução do novo ágio por rentabilidade futura (****goodwill****) na hipótese de a empresa absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com* ***goodwill****, apurado segundo o disposto no inciso III do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Esclarece que a dedutibilidade do* ***goodwill*** *só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes.* (Grifei)

É importante destacar que esse novo regramento contido na Lei nº 12.973/2014 é decorrente dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pelas Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009, e pelos pronunciamentos contábeis decorrentes.

No que diz respeito à questão de ágio, ocorreram mudanças significativas, como a nova definição de coligada (alteração do art. 243 da Lei nº 6.404/76), a alteração sobre o Método da Equivalência Patrimonial (art. 248 da Lei nº 6.404/79), além da edição de atos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis CPC sobre o assunto (em especial, o CPC nº 18 – "Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto" e CPC nº 15 – "Combinação de Negócios", acima já citado).

De acordo com essa nova concepção contábil, o ágio (que passou a ser denominado de *goodwill*) é determinado como sendo o excedente pago, após os ativos líquidos da investida serem avaliados a "valor justo" (conceito que aliás é bem mais amplo do que "valor de mercado"). Em razão dessa alteração, o custo de aquisição do investimento passou a ser desdobrado em: a) valor do patrimônio líquido da investida; b) mais ou menos valia; e c) ágio por rentabilidade futura (*goodwill*).

Por tudo isso, é de se perceber que não é possível se fazer uma associação exata entre a nova sistemática de identificação e apuração do ágio com a anterior. De forma que, o que era ágio antes, pode ser agora somente "mais valia", mesmo que anteriormente tivesse sido identificado como decorrente de expectativa de rentabilidade futura. A possibilidade de se apurar uma "menos valia" também influi na existência ou não do ágio. Além disso, as situações em que o Método da Equivalência Patrimonial se torna obrigatório também foram alteradas, o que tem influência direta sobre a necessidade ou não de se determinar a existência de ágio.

Portanto, é um grande equívoco de interpretação se utilizar das disposições contidas no art. 7º da Lei 9.532/1997, a partir do constante nos arts. 20 a 22 da Lei nº 12.973/2014, uma vez que disciplinam efeitos tributários de procedimentos contábeis totalmente distintos.

Equivocada, também, a alegação de que sem as disposições da MP nº 627, de 2013, a dedutibilidade da amortização de ágio como o que aqui se trata estaria autorizada. Como se viu, a medida provisória em questão e a lei na qual foi convertida não alteram os efeitos tributários de procedimentos contábeis antes vigentes e que assim permanecem, mas conferem tratamento tributário a procedimentos contábeis advindos no bojo de nova concepção contábil, significativamente diferente da anterior. Isso não impede, no entanto, que, como se fez alhures, se diga que a nova lei explicita o óbvio, ou seja, que o ágio pressupõe sobrepreço pago por partes independentes.

Não fossem apenas as diferenças antes mencionadas, o fato mais curioso ainda é que o próprio conceito de partes dependentes estabelecido pelo art. 25 da novel Lei nº 12.973, de 2014 é bem mais amplo do que o conceito de ágio interno:

> *Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando:*
>
> *I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;*
>
> *II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;*
>
> *III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;*
>
> *IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou*
>
> *V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.*

Ou seja, não apenas as operações que envolvem duas pessoas jurídicas sob controle comum caracterizam-se como partes dependentes: a nova lei incluiu as pessoas físicas, com situações, por exemplo, em que o alienante é parente ou afim até o terceiro grau do sócio acionista da empresa. Assim, passa a ser possível a existência de um ágio contábil (diferente do ágio interno), mas que ao teor da nova legislação, a sua dedutibilidade fica vedada.

Por oportuno, é também equivocado o entendimento de quem concebe que existe um ágio fiscal e um ágio contábil, ou que a legislação societária permitiu algo diferente da contabilidade nesse aspecto.

É que a legislação tributária, no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, trata do ágio apurado na aquisição de participações em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido nos seguintes termos (destaque acrescido):

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

> *I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e*
>
> *II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.*
>
> *§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.*
>
> *§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:*
>
> *a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*
>
> *b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*
>
> *c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*
>
> *§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.*

Essas disposições contidas no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 estão em perfeita sintonia com as normas contábeis contemporâneas à expedição do Decreto-lei nº 1.598/77, conforme se pode constatar no disposto na Instrução CVM nº 01 de 27 de abril de 1978, conforme destaco:

> *(...)*
>
> *Desdobramento do custo de aquisição de investimento*
>
> *XX - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada ou em controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:*
>
> *a) equivalência patrimonial baseada em balanço patrimonial ou em balancete de verificação levantado até, no máximo, sessenta dias antes da data da aquisição pela investidora ou pela controladora, consoante o disposto no Inciso XI*
>
> *b) ágio ou deságio na aquisição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.*
>
> *XXI - o ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou:*
>
> *a) diferença para mais ou para menos entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil desses mesmos bens na coligada ou na controlada;*
>
> *b) diferença para mais ou para menos na expectativa de rentabilidade baseada em projeção do resultado de exercícios, futuros;*
>
> *c) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.*

> *XXII - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil na coligada ou na controlada desses mesmos bens deverá ser amortizado na proporção em que for sendo realizado na coligada ou na controlada por depreciação, por amortização ou por exaustão dos bens, ou por baixa em decorrência de alienação ou de perecimento desses mesmos bens.*
>
> *XXIII - O ágio ou o deságio decorrente da expectativa de rentabilidade deverá ser amortizado no prazo e na extensão das projeções que o determinaram ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.*
>
> *(...)*

Portanto, o ágio a que se refere a legislação fiscal é exatamente o mesmo tratado pela legislação societária, possuindo conteúdo puramente econômico/contábil.

E no ágio de 2002, veja-se que sequer laudo de avaliação houve, ou seja, além de não haver uma independência entre as partes da operação, a confiabilidade da mensuração, como aduz a Fiscalização no item 167 do seu TVF, restou prejudicada.

Salienta-se, como bem destacou a decisão recorrida, que argumentos de ordem econômica ou política não têm o condão de infirmar as normas tributárias contida nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos termos da interpretação já trazida neste voto.

Por oportuno, transcreve-se o seguinte parágrafo da decisão recorrida que bem resume essa questão:

> *Irrelevantes, também, as abordagens acerca: 1) das normas tributárias ou societárias que obrigam as partes relacionadas a negociar em bases comutativas mediante a adoção de valores de mercado; 2) da possibilidade de tais operações resultarem em ganhos de capital tributáveis; 3) da confiabilidade da avaliação econômico financeira elaborada por consultoria contratada; e 4) dos questionamentos promovidos pelos acionistas minoritários. A real aquisição do investimento por Telefónica Datacorp torna inócua toda a argumentação da recorrente contrária à fabricação de riqueza artificial dentro do mesmo grupo econômico. E, ainda que a conclusão de Telefónica Datacorp ser a adquirente do investimento que gerou o ágio amortizado resulte, de fato, de presunção, os indícios que a sustentam são robustos e convergentes, pois nenhum conteúdo foi atribuído à pessoa jurídica DABR, e sua figuração é meramente formal no trâmite de recursos entre a Telefónica Datacorp e TDBH para aquisição do investimento em FIGUEIRA, e com tal característica ela permaneceu até sua extinção motivar as amortizações aqui em debate.*

Por fim, em referência à afirmação da Contribuinte de que a interpretação expressa no acórdão recorrido "*resulta na impossibilidade do seu aproveitamento para ao menos 100% dos casos em que os investimentos realizados no Brasil tenham origem na aquisição de participações societárias por grupos estrangeiros*", representando "*uma quebra de confiança no próprio sistema adotado pela União*" e estabelecendo "*tratamento desigual e discriminatório do capital estrangeiro aplicado no Brasil para aquisição de investimentos*", tem-se que não podem se sobrepor à ilegalidade das deduções de amortização levadas a cabo

na apuração do IRPJ e da CSLL. Vale lembrar que o art. 111 do CTN estabelece a interpretação literal da legislação no que se refere a regras desonerativas.

É de se negar, pelo todo exposto, provimento ao recurso da Contribuinte, mantendo-se a exigência fiscal decorrente da glosa das deduções de despesas com a amortização de ágio.

**Dedutibilidade da amortização do ágio na apuração da CSLL**

A Contribuinte alega que contrariamente ao que ocorre com o IRPJ, inexiste disposição legal que impeça a dedução da amortização do ágio da base de cálculo da CSLL, observando que a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL é tão clara que o artigo 50 da Lei nº 12.973, de 2014, passou a prever expressamente a aplicação também para essa contribuição das normas legais que impõem que o ágio pautado em expectativa de rentabilidade futura somente poderá ser amortizado pela pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra na qual detinha participação societária.

A Fazenda contra-argumenta alegando que quando da instituição da CSLL Lei nº 7.689, de 1988, encontravam-se em vigor inúmeras normas relativas ao IRPJ perfeitamente compatíveis com o regime daquele tributo (inclusive as da Lei nº 4.506, de 1964, matriz legal do art. 299 do RIR/1999), tendo o legislador optado por trazer, em uma só norma, a previsão de que se aplicariam todas as normas de apuração do IRPJ à CSLL, observando que art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, foi bastante claro ao determinar que também as regras de apuração do IRPJ são aplicáveis CSLL.

Antes de se discutir acerca do alcance das normas que dizem com a determinação da base de cálculo da CSLL em relação à amortização do ágio por rentabilidade futura, tem-se, em primeiro lugar, que a constatação da artificialidade dos procedimentos destinados ao aproveitamento tributário do ágio impede que se aceite, sob qualquer argumento, a sua dedutibilidade para fins de apuração da CSLL.

Além disso, acerta a Relatora do acórdão recorrido ao firmar interpretação no sentido de que a Lei n° 9.532, de 1997, repercute, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, trazendo as disposições da Instrução Normativa SRF n° 390, de 2004, que vão nesse sentido. Confira-se:

> *Demais disso, embora à primeira vista a Lei n° 9.532/97 aparente surtir efeitos apenas* ***nos balanços correspondentes à apuração de lucro real,*** *na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF n° 390/2004:*
>
> *Subseção III*
>
> *Do Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido*
>
> *Da incorporação, fusão ou cisão*

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

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

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

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

*(...)*

*§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata:*

*I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;*

*II - o inciso II do caput:*

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

*(...)*

*Assim, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF n° 390/2004, quer por interpretação dos termos da Lei n° 9.532/97 no contexto em que foi editada, e mesmo em conseqüência da apuração contábil, a base de cálculo da CSLL necessariamente restaria indevidamente afetada pela amortização do ágio aqui em comento, caso reconhecida sua existência no patrimônio da autuada após a reorganização societária debatida nestes autos, e ainda que se admitida sua fundamentação em rentabilidade futura.*

Além desses fundamentos para manter a glosa das despesas de amortização de ágio também no âmbito da CSLL, reafirma-se aqui posição vertida no acórdão nº 9101-002.310 no qual, embora vencida, esta Relatora assim se manifestou:

*Vê-se, assim, que o Decreto-Lei nº 1.598/1977 cumpre função estruturante no regramento da avaliação de investimentos pelo MEP, estabelecendo regras de contabilização que dizem com a neutralidade de seus efeitos na determinação do lucro tributável.*

*Em outras palavras, quis o legislador dizer que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio são lançadas como despesas (ou receitas), porém devem ser adicionadas ou excluídas, conforme o caso, da apuração do lucro real, justamente para que o ágio ou deságio só tenha influência por ocasião da alienação ou liquidação do investimento.*

> *Não faz sentido, ao meu sentir, admitir que as disposições do Decreto-Lei nº 1.598/1977 sobre os efeitos tributários da avaliação de investimentos pelo MEP, inclusive no que toca à amortização do ágio, não encontrem eco na apuração da CSLL, apenas por serem feitas algumas referências nos retrocitados dispositivos ao "lucro real".*
>
> *É de se considerar, também, que, como bem registra a Fazenda Nacional em suas contrarrazões, o Decreto-Lei nº 1.598/1977, que, como se viu foi editado com o fim de "*adaptar a legislação do imposto sobre a renda às inovações da lei de sociedades por ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976)*", é anterior à CSLL, introduzida no ordenamento jurídico em 1988, pela Lei 7.689.*
>
> *Vale aqui trazer à colação o precedente do acórdão nº 1301-001.067 (1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, 03/10/2012, Redator Designado Wilson Fernandes Guimarães), no sentido da indedutibilidade da amortização do ágio na determinação da CSLL por estar essa contribuição alcançada pelas disposições do Decreto-Lei nº 1.598/1977 sobre a matéria:*
>
> *(...)*

Pelo exposto, é de se negar provimento ao recurso da Contribuinte também no que se refere ao presente tópico.

**Incidência de Juros de Mora sobre a Multa de Ofício**

No tema dos juros de mora sobre a multa de ofício, em julgado de 14/06/2016, esta Relatora proferiu voto no sentido de afirmar a incidência de juros sobre a multa de ofício (acórdão 9101-002.349), o qual foi ratificado pela maioria dos Conselheiros desta 1ª Turma da CSRF, conforme razões a seguir expendidas. O mesmo posicionamento foi subscrito pela Turma em julgados posteriores (cite-se, por exemplo, os acórdãos 9101-002.501 e 9101-002.510, ambos de 12/12/2016).

A Lei nº 9.430, de 1996, estabelece, em seu art. 61, § 3º, que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal incidirão juros de mora à taxa SELIC. Veja-se (sublinhei):

> *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.*
>
> *(...)*
>
> *§ 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 subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.(grifo nosso)*

De outra banda, está estampado na Súmula CARF nº 5 que são devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento. Confira-se (sublinhei):

> *Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.*

Ora, contrariamente àquilo que alega a Contribuinte, dos arts. 113, § 1º, e 139 do CTN deflui que o crédito tributário, que decorre da obrigação principal, compreende tanto o tributo em si quanto a penalidade pecuniária, o que inclui, à toda evidência, a multa de ofício proporcional de caráter punitivo.

Vale transcrever os dispositivos:

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

Sendo assim, outra não pode ser a interpretação da expressão "débitos decorrentes de tributos e contribuições" expressa no retrotranscrito art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, senão a de que abarca a integralidade do crédito tributário, incluindo a multa de ofício proporcional punitiva, constituída por ocasião do lançamento. Resta evidente que a multa de ofício proporcional, lançada juntamente com o tributo devido, se não paga no vencimento, sujeita-se a juros de mora por força do disposto no art. 61, *caput*, da Lei nº 9.430, de 1997.

Aliás, se a intenção do legislador fosse limitar a aplicação do art. 61 apenas aos débitos principais de tributos e contribuições, bastaria suprimir o termo "decorrente", como bem pontua o Conselheiro Adolfo dos Santos Medes, no voto condutor do Acórdão nº 1401-001.653:

> *É importante notar que no caput do art. 61, o texto é "débitos [...] decorrentes de tributos e contribuições" e não meramente "débitos de tributos e contribuições". O termo "decorrentes" evidencia que o legislador não quis se referir, para todas as situações, apenas aos tributos e contribuições em termos estritos.*

Com base no art. 161, *caput*, do CTN, a Contribuinte insiste na tese de que os juros devem incidir apenas sobre valor do tributo, e não sobre valor de multa de ofício. Entretanto, o referido artigo estabelece a incidência de juros de mora sobre o "*crédito não integralmente pago no vencimento*", dispondo o seguinte:

> *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.* (Grifei)

Não há dúvida de que multa não é tributo, pela própria dicção do art. 3º do CTN: "*Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*". Todavia, a coerência interna do CTN evidencia, com clareza, conforme revelam os arts. 113, § 1º, e 139, que a penalidade pecuniária é também objeto da obrigação tributária principal e assim integra o conceito de crédito, objeto da relação jurídica estabelecida entre o Fisco e o sujeito passivo, beneficiando-se de todas as garantias a ele asseguradas por lei, inclusive o acréscimo de juros de mora.

Adotando estas premissas, o Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa também concluiu, no voto condutor do Acórdão nº 2201-01.630, que, se o art. 113 do CTN incorpora à obrigação principal *o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária*, e o art. 139 do CTN estipula que o crédito tributário tem a mesma natureza da obrigação principal, é evidente que a penalidade pecuniária integra o conceito de crédito tributário. Em acréscimo, o Conselheiro expõe que:

> *Nesse mesmo sentido, no art. 142, que define o procedimento de lançamento, por meio do qual se constitui o crédito tributário, o legislador não esqueceu de mencionar a imposição da penalidade. Da mesma forma, o art. 175, II, ao se referir à anistia como forma de exclusão do crédito tributário, afasta qualquer dúvida que ainda pudesse remanescer sobre a inclusão da penalidade pecuniária no crédito tributário, pois não seria lícito atribuir ao legislador ter dedicado um inciso especificamente para tratar da exclusão do crédito tributário de algo que nele não está contido.*
>
> *Poder-se-ia argumentar em sentido contrário dizendo que, mesmo estando a penalidade pecuniária contida no crédito tributário, ao se referir a "crédito" no artigo 161, o Código não estaria se referindo ao crédito tributário, mas apenas ao tributo. Questiona-se, por exemplo, o fato de a parte final do caput do artigo fazer referência à imposição de penalidade e, portanto, se os juros seriam devidos, sem prejuízo da aplicação de penalidades, estas não poderiam estar sujeitas aos mesmos juros.*
>
> *Inicialmente, conforme a advertência de Carlos Maximiliano, não vejo como, num artigo de lei, em um capítulo que versa sobre a extinção do crédito tributário e numa seção que trata do pagamento, forma de extinção do crédito tributário, a expressão "o crédito não integralmente pago" possa ser interpretado em acepção outra que não a técnica, de crédito tributário.*
>
> *Sobre a alegada contradição entre a parte inicial e a parte final do dispositivo que essa interpretação ensejaria, penso que tal imperfeição de fato existe. Mas se trata aqui de situação como a que me referi nas considerações iniciais, em que as limitações da linguagem ou mesmo as imperfeições técnicas que o processo legislativo está sujeito produzem textos imprecisos, às vezes obscuros ou contraditórios, mas que tais ocorrências não permitem concluir que a melhor interpretação do texto é aquela que harmoniza a própria estrutura gramatical do texto, e não*

> *aquela que melhor harmoniza esse dispositivo com os demais que integram o diploma legal.*
>
> *É interessante notar que em outro artigo do mesmo CTN o legislador incorreu na mesma aparente contradição ao se referir conjuntamente a crédito tributário e a penalidade. Refiro-me ao art. 157, segundo o qual "a imposição de penalidade não ilide o pagamento integral do crédito tributário". Uma interpretação apressada poderia levar à conclusão de que a penalidade não é parte do crédito tributário, pois a sua imposição não poderia excluir o pagamento dela mesma. Porém, essa inconsistência gramatical não impediu que a doutrina, de forma uníssona, embora a remarcando, mas não por causa dela, extraísse desse texto a prescrição de que a penalidade não é substitutiva do próprio tributo, estremando nesse ponto o Direito Tributário de certas normas do Direito Civil em que penalidade é substitutiva da obrigação; de que o fato de se aplicar uma penalidade pelo não pagamento do tributo, por exemplo, não dispensa o infrator do pagamento do próprio tributo.*
>
> [...]
>
> *Não é preciso grande esforço de interpretação, portanto, para se concluir que o crédito tributário compreende o tributo e a penalidade pecuniária, interpretação que harmoniza os diversos dispositivos do CTN, ao contrário da tese oposta. Acrescente-se, supletivamente, que, como se verá com detalhes mais adiante, a legislação ordinária de há muito vem prevendo a incidência dos juros sobre a multa de ofício, sem que se tenha notícia da invalidação dessas normas pelo Poder Judiciário, por falta de fundamento de validade.*
>
> *Concluo, assim, no sentido de que o art. 161 do CTN autoriza a cobrança de juros sobre a multa de ofício. Porém, conforme disposto no seu parágrafo primeiro, esses deverão ser calculados à taxa de 1% ao mês, salvo se lei dispuser de modo diverso, o que introduz a segunda questão: a da existência ou não de lei prevendo a incidência de juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic.*

Argumentam alguns, de outra banda, que o art. 161, *caput*, do CTN, ao ressalvar a possibilidade de "imposição de penalidades cabíveis" evidenciaria que a referência a "crédito não integralmente pago no vencimento" diz respeito, apenas, ao tributo não recolhido. Cumpre, no entanto, esclarecer que tal ressalva revela, na verdade, que o artigo em tela presta-se a permitir a aplicação de multas de caráter moratório em decorrência da impontualidade no pagamento do tributo. Logo, à luz do *caput* do art. 161 do CTN, não incidem juros de mora sobre multa de mora, logicamente, quando for o caso de sua aplicação. Agora, quanto à multa de ofício, cuja causa não reside na mera impontualidade, esta compõe o crédito devido e, por consequência, sofre a incidência dos juros de mora.

Corroborando o entendimento de que o crédito e a obrigação tributária são compostos pelo tributo devido e pelas penalidades eventualmente exigíveis, em 1º de setembro de 2009, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ assim decidiu nos autos do Recurso Especial nº 1.129.990/PR, sob a condução do Ministro Castro Meira:

> *TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.*
>
> *1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.*
>
> *2. Recurso especial provido.*

Analisou-se, no caso, norma estadual questionada sob o argumento de que a multa por inadimplemento de ICMS não integraria o crédito tributário. Interpretando o art. 161 do CTN em conjunto com os arts. 113 e 139 do CTN, o Ministro concluiu que *o crédito e a obrigação tributária são compostos pelo tributo devido e pelas penalidades eventualmente exigíveis* e, tendo em conta que o art. 161 do CTN ao se referir ao crédito, *está tratando de crédito tributário*, concluiu que referido dispositivo *autoriza a exigência de juros de mora sobre multas*.

Este foi, aliás, o entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, como se vê no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.335.688/PR, em 4/12/2012, Relator Min. Benedito Gonçalves:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE*
>
> *MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMA QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min.Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. 2. Agravo regimental não provido*

Vale destacar o seguinte trecho da decisão:

> *Quanto ao mérito, registrou o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região à fl. 163: "... os juros de mora são devidos para compensar a demora no pagamento. Verificado o inadimplemento do tributo, é possível a aplicação da multa punitiva que passa a integrar o crédito fiscal, ou seja, o montante que o contribuinte deve recolher ao Fisco. Se ainda assim há atraso na quitação da dívida, os juros de mora devem incidir sobre a totalidade do débito, inclusive a multa que, neste momento, constitui crédito titularizado pela Fazenda Pública, não se distinguindo da exação em si para efeitos de recompensar o credor pela demora no pagamento."(grifo nosso)*

Em julgado recente, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu pela incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional, conforme se verifica a partir da ementa do Acórdão nº 9101-002.514, de 13 de dezembro de 2016, do qual foi relator o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo:

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

*Ano-calendário: 2004, 2005, 2006*

[...]

*JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício sofre a incidência dos juros de mora, conforme estabelecido no art. 161 do CTN. Precedentes do STJ.*

Argumenta-se, ainda, que a previsão específica de incidência de juros de mora sobre multas isoladas contida no art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996, seria desnecessária caso o art. 61, § 3º, da mesma lei incluísse as multas, uma vez que elas (multas isoladas) já representariam os "débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal" referidos pelo § 3º do art. 61 em tela.

Cumpre observar, no entanto, que o art. 43 em questão trata da hipótese de "Auto de Infração Sem Tributo", cuja designação, por si só, já evidencia dúvida acerca de sua integração ao conceito de "débitos decorrentes de tributos e contribuições" e a consequente necessidade de disposição legal específica para determinar a aplicação de juros de mora sobre as multas aplicadas em tais circunstâncias, distintamente do que ocorre com as multas de ofício proporcionais, sempre exigidas em conjunto com os tributos ou contribuições não declarados e não recolhidos, em claro vínculo de decorrência. Aliás, como bem observa o Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal no voto condutor do Acórdão nº 9303-004.407:

*Tanto é assim, que a própria Lei 9.430/96, em seu art. 43, prevê a incidência de juros Selic quando a multa de ofício é lançada de maneira isolada. Não faria sentido a incidência dos juros somente sobre a multa de ofício exigida isoladamente, pois ambas tem a mesma natureza tributária.*

Por fim, conforme o antes transcrito § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, a taxa aplicável ao débitos de que aqui se trata, aí incluídos, como se viu, os decorrentes da aplicação de multa de ofício, é aquela "a que se refere o § 3º do art. 5º"', qual seja a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC. Veja-se:

*Art. 5º (...)*

*§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subseqüente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.*

Também aqui, portanto, não deve ser acolhido o recurso da Contribuinte.

## Recurso Especial da Fazenda Nacional - Mérito

No mérito, a Fazenda argumenta pela manutenção da qualificação da multa de ofício alegando, em apertada síntese, que a Contribuinte praticou atividade fraudulenta observada a partir da realização de operações artificiais intragrupo com o exclusivo escopo de se aproveitar dos efeitos fiscais da amortização do ágio, sendo que sua conduta foi consciente e

deliberada, objetivando modificar a característica essencial do fato gerador da obrigação tributária principal.

A Contribuinte se defende alegando que a decisão recorrida acertadamente reconhece que a Contribuinte não agiu com dolo ou fraude, ponderando que interpretações distintas entre o Fisco e contribuinte sobre a legislação de regência não podem ser consideradas como fraude ou condutas dolosas. Assinala que nunca omitiu ou alterou os documentos referentes aos fatos objeto de questionamento pelas autoridades fiscais, que os atos praticados não tiveram propósito fiscal e sim razões e motivações empresariais e negociais claras e que cumpriu todos os atos contábeis fiscais e societários, dando publicidade sobre todas as operações realizadas. E ressalta que os preços das participações societárias transacionadas não foram manipulados, se alicerçando em avaliação econômica e valores de mercado, que houve a participação de acionistas minoritários (terceiros independentes), bem como que em 2001 não se teria como prever os valores das empresas em 2006, de forma a planejar as operações levadas a cabo.

Compulsando-se o TVF, verifica-se que a imposição de multa qualificada decorreu da conclusão no sentido de que a Contribuinte teve a clara intenção de criar despesas que reduzissem seus resultados fiscais, sendo que, para tanto, "*manipulou valores de operações que geraram a ilícita contabilização de ágios intragrupos posteriormente amortizados*" e "*reavaliou investimentos e posteriormente se valeu desse artifício para reduzir sua carga tributária por meio de amortizações fiscais*". Confira-se:

> *183. Diante das informações reunidas no curso desse procedimento fiscal - como já detalhadamente antes exposto -, resta inafastável concluir pela subsunção dos fatos caracterizadores da infração ora apontada à norma que veicula a exasperação da multa de ofício aplicável sobre créditos tributários objeto de lançamento de ofício. As minuciosas descrições das operações societárias engendradas e as circunstâncias já antes destacadas ao longo deste Termo de Verificação Fiscal denotam a clara intenção do sujeito passivo de ilegalmente "criar despesas" que reduzissem seus resultados fiscais. Para tanto, manipulou valores de operações que geraram a ilícita contabilização de ágios intragrupos posteriormente amortizados. Por meio da geração desses ágios gerados internamente, o grupo Telefônica verdadeiramente reavaliou investimentos e posteriormente se valeu desse artifício para reduzir sua carga tributária por meio de amortizações fiscais, é certo, ainda, que foram compactuadas operações entre pessoas jurídicas do grupo Telefônica, lendo por objetivo a diminuição da carga fiscal.*

Especificamente com relação às operações de que resultou o "ágio 2002", a Fiscalização situa no aporte feito por empresa do grupo no exterior (Telefônica Datacorp) em empresa cujas quotas eram quase que exclusivamente de propriedade dela (da Telefônica Datacorp) para a subscrição de aumento de capital da TDBH, intuito de ilicitamente produzir uma redução fiscal. Veja-se:

> *186. **Note-se que os recursos utilizados para o aumento de capital da TDBH foram inicialmente capitalizados pela Telefônica Datacorp na DABR (v. parágrafo 164). Ora, em sendo a Telefônica Datacorp uma subsidiária integral da Telefônica S/A (v. parágrafo 41) e a DABR uma sociedade cujas quotas eram quase que exclusivamente de propriedade da Telefônica Datacorp (v. parágrafo 40), por qual razão os recursos já não foram diretamente aplicados do exterior na TDBH, ainda que utilizado o mesmo preço de emissão das ações fixado na operação realizada? A explicação convincente que daí se extrai é uma só: se as operações societárias tivessem sido assim planejadas o suposto ágio teria sido contabilizado em***

> ***sociedade residente no exterior e não poderia ser tributariamente amortizado no Brasil (a não ser que fosse arquitetada uma outra manobra societária para ilicitamente "internalizá-lo"). Por esta razão manifestamente tributária, os recursos foram inicialmente aplicados em uma pessoa jurídica residente no Brasil (DABR), que em seguida aumentou o capital de uma outra pessoa jurídica residente no Brasil (TDBH). tendo o pretenso ágio então sido registrado já no Brasil. Consequentemente, o grupo poderia então desencadear operações visando à (ilegal) redução da carga tributária de sua lucrativa sociedade***.

Ora, seja pela conformação das operações levadas a cabo em 2006, em que, como se viu, um ágio surgiu e foi amortizado tributariamente pela mesma pessoa jurídica, seja pela conformação das operações de 2002, em que a investidora real estrangeira transferiu recursos a "empresa-veículo" brasileira com o fim de tornar possível a amortização do ágio decorrente da subscrição de aumento de capital em terceira empresa do grupo, encontram-se presentes elementos que revelam o evidente intuito de fraude a justificar a exasperação da multa de ofício.

Com efeito, apreciando caso de "ágio de si mesmo", esta Turma manteve a qualificação da multa de ofício sob o fundamento de que "*a consecução de atos que culminaram com a supressão ilícita de tributos, obtida com a dedução da amortização de ágio, ágio esse que, surgido da reavaliação de participação na empresa autuada, em operação intragrupo, foi por ela mesma contabilizado e deduzido, de forma artificial e sem qualquer dispêndio, evidencia conduta dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal ('fraude', na inteligência do art. 72 da Lei n° 4.502, de 1964) e ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando os efeitos em questão ('conluio', conforme art. 73 da mesma Lei)*" (acórdão nº 9101-002.503, de 12 de dezembro de 2016, autuada Agrenco do Brasil S. A., relatoria desta Conselheira).

Outra não foi a conclusão deste colegiado no já citado acórdão nº 9101-002.300 (julgado em 7 de abril de 2016, de relatoria do Conselheiro Rafael Vidal do Araújo, autuada Barigui Veículos Ltda.).

No presente caso é insofismável o fato de que, por conta de decisão do Grupo Telefônica de reunificar linhas de negócio, adveio vantagem tributária na TELESP havida, em última análise, em decorrência de reavalição de seu próprio patrimônio. Tudo isso envolvendo partes dependentes e sem que houvesse efetivo sacrifício econômico.

Nesse contexto, o fato de se criar artificialmente um ágio amortizável tributariamente (por meio da reavaliação de ativos para transacionar entre partes vinculadas), para estabelecer uma situação que estaria autorizada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, não pode ter outro intuito senão aquele de reduzir indevidamente os tributos devidos, com a geração de uma despesa inexistente, para a qual não houve qualquer desembolso.

A Contribuinte alega que os atos praticados tiveram razões e motivações empresariais e negociais claros, bem como que os preços das participações societárias transacionadas não foram manipulados, se alicerçando em avaliação econômica e valores de mercado, bem como que em 2001 não se teria como prever os valores das empresas em 2006, de forma a planejar as operações levadas a cabo.

Como bem registrou a Fiscalização, não cabe ao Fisco avaliar as decisões e os caminhos trilhados pelo grupo nas organizações societárias empreendidas mas se impõe a

obrigação de verificar a licitude dos efeitos fiscais a elas conferido, cabendo, inclusive, a imposição de multa majorada quando se concluir pela intencionalidade de redução fraudulenta de redução de carga tributária, como é o caso.

No que se refere à operação de aquisição da TDBH em 2002, identifica-se na interposição da DABR para aquisição da TDBH com recursos advindos da Telefônica Datacorp, sediada na Espanha, ato que visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, na medida que teve por única finalidade viabilizar o aproveitamento tributário de ágio que, de outra forma, seria registrado na empresa estrangeira.

Aliás, é oportuno destacar alguns trechos da decisão recorrida pois, apesar de não ter mantido a multa qualificada, ela faz uma leitura da artificialidade da operação, senão vejamos:

> *A recorrente se empenha em justificar a existência de TDBH, mas com referência a DABR somente diz vagamente que:*
>
> > *56. A DABR era uma sociedade holding constituída em 1999 por ocasião da necessidade de estabelecer uma linha de negócios de telecomunicações com enfoque no mercado corporativo, bem como para fins de atender requisitos regulatórios impostos à época.*
>
> *Não há notícia de qualquer outro investimento mantido por DABR e seu capital, em 2001, era quase que integralmente detido por Telefónica Datacorp (com exceção de uma quota detida pelo sócio Pedro Riviere Torrado), conforme relata a fiscalização à fl. 11984. A recorrente menciona que em junho/2001 houve aporte de recursos na DABR por empresas do Grupo Telefônica e demais acionistas, mas como se vê na alterações do contrato social de DABR às fls. 8782/8811, o aumento somente foi subscrito por Telefónica Datacorp, no valor de R$ 498.112.400,00, e integralizado com recursos remetidos do exterior nos termos de contratos de câmbio celebrados em 26/06/2001 e 27/06/2001, para serem entregues neste mesmo dia de 27/06/2001 em aumento de capital de FIGUEIRA, operação esta detalhada nas notas explicativas de fls. 8483/8484.*
>
> ***A recorrente não especifica as atividades de DABR, sendo certo que o grupo espanhol já possuía uma holding no Brasil, qual seja, SP Telecomunicações, como indicado no Termo de Verificação Fiscal à fl. 11989**. Referida holding, aliás, recebeu em cessão a participação de Telefónica Datacorp em DABR, passando a ser detentora de 99,9999% de seu capital em 08/03/2006, mediante promessa de pagamento em 3 (três) parcelas semestrais do valor total de E$ 171.734.635,30 (equivalente a R$ 446.000.000,00), passível de ser convertido, por Telefónica Datacorp, em participação no capital de SP Telecomunicações, conforme fls. 3313/3325.*
>
> [...]
>
> *As evidências assim reunidas pela Fiscalização impõem a conclusão de que **DABR representava mera extensão da conta Caixa da sociedade estrangeira Telefónica Datacorp**, e quando não mais se justificou a segregação dos negócios mantidos sob TDBH, a incorporação destes por TELESP fez com que subsistisse no patrimônio de DABR, apenas, o ágio nele alocado pela investidora estrangeira, cuja destinação à autuada permitiria, no entender da recorrente, o aumento de sinergias por TELESP, a redução do risco gerencial, simplificação da estrutura administrativa, bem como*

*redução de custos. Contudo, seguindo-se a incorporação de DABR pela autuada, esta passa a apropriar, em seu resultado tributável, os efeitos da amortização do custo de um investimento cuja titular é, em verdade, Telefónica Datacorp.*

[...]

*Ainda, a recorrente confronta a conclusão desta Relatora de que DABR seria "mera extensão de caixa" da "real adquirente", aduzindo que os balanços e declarações de DABR evidenciam o desenvolvimento de atividades operacionais, com recebimento de dividendos e juros sobre o capital próprio, recolhimento de tributos, cumprimento de obrigações acessórias, dentre outros aspectos, assim incorrendo em despesas financeiras, administrativas, com pessoal, fornecedores, manutenção de ativo imobilizado, contratação de prestação de serviços. Todavia, como dito,* ***na operação sob exame, DABR figurou como holding sobreposta à TDBH, esta sim holding do segmento de dados do grupo, e ao final abaixo de SP Telecomunicações, esta sim holding do grupo no Brasil. As justificativas apresentadas não afetam a conclusão de que, nas operações da qual decorre o ágio amortizado, a DABR apenas se prestou, de forma efêmera, como veículo dos recursos aportados pela real adquirente Telefónica Datacorp.***

[...]

*Esclareça-se, por fim, que o largo intervalo de tempo entre o investimento inicial e as repercussões tributárias não afastam a conclusão de que o grupo empresarial teria planejado as operações para, também, beneficiar-se das despesas aqui glosadas. A possibilidade de amortização fiscal do ágio é uma vantagem significativa, considerada em todas as aquisições de participações societárias promovidas a partir da edição da Lei nº 9.532/97, e assim também não foi ignorada no aporte de recursos da investidora estrangeira em 2001. Recorde-se que o grupo empresarial já possuía uma holding no Brasil, e se a figuração da empresa estrangeira como adquirente direta do investimento gerava alguma dificuldade parasua efetivação, bastaria que Telefónica Datacorp aumentasse o capital daquela holding, sem a desnecessária interposição de DABR, cuja atuação só se justifica para, em caso de eventual reestruturação societária, ser possível sua extinção e aproveitamento fiscal do ágio. Se, no momento do investimento inicial não era possível prever que esta reestruturação fosse acontecer, o fato é que sua ocorrência não poderia ser descartada, e assim as operações foram realizadas contemplando, também, esta hipótese.* ***E, ainda que o conjunto de operações certamente não tenha sido realizado com o fim único e exclusivo de buscar a economia fiscal, o primeiro passo promovido, sem a intervenção de minoritários ou avaliação de órgãos reguladores passagem dos recursos de Telefónica Datacorp por DABR não evidenciou qualquer outro motivo senão o posterior aproveitamento fiscal do ágio***.(Negritou-se)

Não se trata, portanto, de simples interpretação diversa da legislação de regência mas de ação dolosa visando a redução da carga tributária de maneira ilícita.

Vale trazer à colação decisão recente desta 1ª Turma do CSRF que deu provimento a recurso especial da Fazenda Nacional para reformar acórdão proferido por Turma ordinária do CARF, pelo qual se afastou a qualificação da multa de ofício em caso semelhante ao presente (acórdão nº 9101-002.802, de 10 de maio de 2017, relatoria desta Conselheira, autuada CCL LABEL DO BRASIL S/A). Veja-se que ali a operação de aquisição sequer se deu dentro do grupo econômico, como é o caso aqui. Mesmo assim se decidiu pela procedência da qualificação da multa. Confira-se a ementa do julgado e excertos do voto condutor:

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

Ementa:

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010*

*INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.*

*Para dedução fiscal da amortização de ágio 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 do ágio quando a incorporadora não pagou pela aquisição do investimento.*

*Assunto: Normas de Administração Tributária*

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010*

*MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.*

*Quando o planejamento tributário evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que se tratava de uma outra operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude a ensejar a multa qualificada.*

Voto Condutor:

*A fiscalização entendeu que o contribuinte agiu com dolo ao amortizar ágio de terceiros, transferido por meio da interposição de empresa veículo na compra da PRODESMAQ S/A, o que deu ensejo à qualificação da multa de ofício imposta sobre o valor dos tributos que deixou de ser recolhido.*

*A decisão recorrida afastou o dolo por entender que, se o ágio foi pago e a transação ocorreu entre partes independes, a interpretação equivocada da lei não é suficiente para manutenção da qualificadora.*

*A Fazenda Nacional recorreu contra essa decisão, por entender que a desnecessária interposição de uma empresa veículo na compra da PRODESMAQ S/A, chegando-se ao mesmo resultado de uma compra direta, diferenciando-se apenas pela transferência do ágio, demonstra um artificialismo que caracteriza o dolo do contribuinte.*

*(...)*

*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.*

*A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois qual a razão de ser de uma*

*empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?*

*Entendo que o argumento de que a CCL PAR não pode ser considerada como empresa veículo, porque possuía um propósito negocial, que era a introdução da CCL INC no mercado nacional, viabilizando a aquisição da PRODESMAQ S/A, não justifica o planejamento adotado porque o investimento dessa empresa estrangeira, no Brasil, poderia ter sido feito de forma direta, ou seja, pela aquisição direta da PRODESMAQ S/A, assim como ocorreu com a aquisição da CCL PAR. Ou seja, a PRODESMAQ S/A poderia, sim, ser essa centralizadora das atividades no Brasil.*

*Assim, o único propósito da interposição da CCL PAR na aquisição da PRODESMAQ INC foi possibilitar que o ágio, o qual foi suportado pela empresa estrangeira, fosse transferido para a empresa adquirida.*

Pelo exposto, é de se reformar o acórdão recorrido para restaurar a imposição de multa de ofício qualificada.

**Conclusão**

Em face do exposto, conheço do recurso da Fazenda e, no mérito, DOU-LHE PROVIMENTO. Conheço do recurso da Contribuinte e, no mérito, NEGO-LHE PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo

## Voto Vencedor

Conselheiro Demetrius Nichele Macei - Redator Designado

Sem embargo ao detalhado e fundamentado voto da ilustre Conselheira relatora, ouso discordar de suas conclusões com relação à manutenção da multa qualificada.

Trata-se de amortização de ágio, originado da aquisição de participação societária na aquisição da TELESP.

Restou evidenciado a realização de planejamento tributário abusivo, pois o contribuinte utilizou-se das formalidades da legislação para obter despesa que, segundo a interpretação do Fisco, adotada por mim, e majoritariamente por esta turma julgadora, não poderia ter sido aproveitada na apuração do IRPJ e CSLL

Identificou-se, contudo, a aplicação plena dos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei n° 4.502/64, notadamente a **fraude** (art. 72), na medida que, conforme entendimento da fiscalização, o contribuinte expressou sua vontade livre e consciente ao enveredar pelo caminho da **simulação,** participando de negócios jurídicos que afrontam o ordenamento pátrio.

Eis a dicção dos referidos dispositivos da Lei n° 4.502/64:

*"Art. 71. Sonegação é tôda 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 tôda 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.*

*Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72."*

Tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, entendo não restar caracterizado o dolo específico apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

Entendo correta a tese suscitada pela recorrente de que seria aplicável ao caso o conceito de erro de proibição, existente no direito penal.

Sempre é bom lembrar que à época em que o antigo Primeiro Conselho de Contribuintes deu início à mudança de sua antiga jurisprudência, que seguia a corrente da estrita legalidade, bastando que os atos ou negócios jurídicos fossem realizados de acordo com as formalidades previstas em lei, o novo tribunal que o sucedeu - CARF - passou a adotar o entendimento encampado neste voto, no sentido de que a legalidade dos atos é condição essencial para que a conduta do contribuinte possa ser considerada lícita, mas não suficiente para que se conclua que os efeitos resultantes de seu conjunto estejam em conformidade com o ordenamento jurídico.

O planejamento tributário se caracteriza, na maior parte das situações, pelo seu caráter preventivo. Isto significa que as diversas alternativas existentes são analisadas e avaliadas antes da ocorrência do fato gerador do tributo.

Desse modo, o contribuinte que pretende planejar, com vistas à economia de impostos, terá de dirigir a sua atenção para o período anterior à ocorrência do fato gerador e nesse período adotar as opções legais disponíveis.

Alguns autores utilizam expressões para definir o tipo de ato praticado pelo contribuinte. Temos, basicamente: elisão, evasão e elusão.

A elisão poderia ser definida como as opções legítimas que o ordenamento apresenta ao contribuinte, já a elisão com abuso de direito, ou elusão, se restringiria aos casos em que o contribuinte, utilizando-se de liberdades negociais, utiliza negócio jurídico legítimo e válido, mas com causa alheia àquela natural do negócio, com o intuito único de economia tributária.

Já a chamada **evasão** se dá após a ocorrência do fato gerador, consistindo em sua ocultação "com o objetivo de não pagar o tributo devido de acordo com a lei, sem qualquer modificação na estrutura da obrigação ou na responsabilidade do contribuinte.[...] Compreende a sonegação, a simulação, o conluio e a fraude contra a lei, que consistem na falsificação de documentos fiscais, na prestação de informações falsas ou na inserção de elementos inexatos nos livros fiscais, com o objetivo de não pagar o tributo ou de pagar importância inferior à devida.

No caso concreto, não há dúvidas de que a conduta praticada pelo contribuinte enquadra-se no conceito de elisão abusiva (ou se preferir, elusão), uma vez que as provas indicam que todos os atos foram praticados antes da ocorrência do fato gerador, devidamente contabilizados e calcados em documentos formalmente corretos, e, nesse cenário, quer se enquadre tal conduta como abuso de direito (o que implica a requalificação dos fatos).

Concordo com as conclusões obtidas pela Turma Julgadora Ordinária, no sentido de que a interpretação do contribuinte quanto o sentido e alcance da legislação pertinente à espécie deu-se de maneira contrária àquela do Fisco, para o mesmo caso. Uma vez prevalecendo a interpretação fiscal, está o contribuinte sujeito a punição severa, típica da repressão tributária, que como é notório, é muito superior ao descumprimento das obrigações de outra natureza (civil, administrativa etc).

Contudo, a mera divergência interpretativa não pode agravar ainda mais a situação do contribuinte. O erro não pode equiparar-se ao dolo. E o erro, em matéria tributária, já é punido de forma exemplar.

Entendo que, além do exame do caso concreto, é preciso entender a realidade empresarial de Cias. de grande porte, como é o caso do contribuinte em questão. Não podemos presumir que Cias. assim sejam imaculadas. Mas por outro lado, podemos sim presumir que o controle sobre elas é muito mais rigoroso que as demais. Sujeitam-se a regras do mercado aberto de capitais, e por essa razão à auditoria independente e consultorias de diversos níveis, conselhos de administração, fiscais, comitês diversos...

Assim, é temerário imaginar que neste cenário de intenso controle e sobrecontrole, uma Cia. de grande porte tal qual o contribuinte possa agir sem o acompanhamento e a opinião de empresas internacionais renomadas, sobretudo em planejamentos dessa natureza. O contribuinte, neste caso, teve a má sorte de adotar interpretação que, mesmo "avalizada" por experts, não coincidiu com aquela dada pela fiscalização, nos cinco anos seguintes.

E mesmo num pensamento mais rigoroso, em que o contribuinte teve a intenção declarada de única e tão somente "economizar tributo", o que não teria nada a ver com azar, mas com conduta deliberadamente contra os interesses da Receita Federal, ainda assim, entendo não presentes os elementos qualificadores. Aliás, aqui há um paradoxo: quanto mais declarada a intenção do contribuinte num determinado sentido, maior as chances de não haver fraude.. Fraude se alia a conceitos de subterfúgio, de subtração, de declaração falsa, de agir às escondidas, camufladamente....

Não há deste modo que se falar em sonegação (art. 71 da Lei n° 4.502/64), uma vez que todos os atos foram devidamente declarados à Receita Federal, excluindo-se a possibilidade de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Portanto, tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, entendo não restar caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

Logo, ausentes elementos que permitam enquadrar a conduta da autuada nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei n° 4.502/64), voto por reduzir a penalidade para 75%.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei