



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720155/2014-54
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9101-004.383 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 10 de setembro de 2019
Recorrentes BUNZL EQUIPAMENTOS PARA PROTEÇÃO INDIVIDUAL LTDA.
FAZENDA NACIONAL

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

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

CONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL. SÚMULAS CARF Nº 108 e 116. RICARF. ART. 67, §3º. JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ÁGIO.

Não é conhecido Recurso Especial contra acórdão que adota entendimento de Súmula CARF, nos termos do artigo 67, §3º, do RICARF (Portaria MF 343/2015).

O acórdão recorrido amolda-se à Súmula CARF nº 108, que prevê: "*Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.*".

Ademais, adota o entendimento expresso na Súmula CARF nº 116: "*Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.*".

CONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.

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

CONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL. MULTA QUALIFICADA.

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

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 do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

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

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

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

aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. PLUS NA CONDOTA. DOLO.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, apenas quanto à amortização do ágio e, no mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Livia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado), que lhe deram provimento. A conselheira Livia De Carli Germano acompanhou a relatora pelas conclusões. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Demetrius Nichele Macei, Livia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado), que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa – Relatora

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia de Carli Germano, Andrea Duek Simantob, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de processo originado pela lavratura de Auto de Infração de IRPJ e CSLL quanto aos anos de 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013, com imposição de multa de 150%, (fls. 3.006). Consta do Termo de Verificação Fiscal:

4.3 – Da Real Adquirente da Participação Societária com Ágio

Pode-se dizer que, se a Selectuser Limited, empresa sediada no Reino Unido houvesse adquirido diretamente a brasileira PROT CAP, inviabilizada estaria a fruição da amortização do ágio, já que não se atenderia o requisito legal previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (reproduzidos pelo art. 386 do RIR/99) acerca da extinção dos investimentos por confusão patrimonial.

Por outro lado, se a Selectuser Limited houvesse, adquirido diretamente e, em seguida, incorporado a brasileira PROT CAP, também estaria inviabilizada a fruição da amortização do ágio, porque situada a sucessora fora do alcance da legislação brasileira.

Entretanto, o Grupo BUNZL optou por um outro caminho: a utilização de uma empresa veículo sediada no Brasil (Bunzl Participações Ltda), que figurasse como adquirente “formal” da participação societária da empresa PROT CAP para, logo em seguida, incorporar seu acervo pela própria empresa adquirida, visando, assim, “formalmente” as condições legais para a dedutibilidade da amortização do ágio, promovendo a extinção do investimento.

Assim, verifica-se claramente que toda a engenharia societária realizada conforme quadros demonstrativos do item 1 precedente seria dispensável se o intuito fosse outro que não o da economia tributária, já que na verdade, a operação que de fato se pretendia era a que resultou na situação atual (quadro 6 do item 3 acima), qual seja, grupo BUNZL detém diretamente 100% das quotas da PROT CAP. (...)

Na essência, o negócio constituiu-se na venda das quotas da empresa brasileira PROT CAP para a empresa inglesa Selectuser, representante do grupo Bunzl. Em que pese a empresa brasileira Bunzl Participações Ltda ter figurado como compradora no contrato de compra e venda, e a empresa brasileira Bunzl do Brasil Participações Ltda, como interveniente, a real adquirente é a Selectuser.

Assim, resta evidente que as empresas BUNZL BR e BUNZL PAR prestaram-se como canal de trânsito, no Brasil, dos valores aportados para a compra da PROT CAP, a fim de mascarar o verdadeiro titular do negócio, que sequer é mencionado no Contrato de Compra e Venda (Sale and Purchase Agreement, de 18/02/2008, fls. 297 a 335), a inglesa Selectuser Limited.

No entanto, contraditoriamente, apesar de todas as partes envolvidas “formalmente” no negócio (compradora, interveniente e vendedores) serem domiciliados no Brasil, o contrato de compra e venda foi elaborado em língua inglesa. Além disso, na seção 5.01 do contrato consta a determinação de que qualquer notificação deveria ser redigida em inglês, e deveria ser encaminhada cópia para a Inglaterra (endereço que corresponde ao domicílio da Selectuser Limited), conforme se depreende do trecho abaixo reproduzido (tradução pública apresentada em 22/10/2014, fls. 344 a 460): (...)

Portanto, resta mais do que evidente que a empresa brasileira Bunzl Participações Ltda não foi a real adquirente das quotas da fiscalizada com ágio, e sim as inglesas Selectuser Limited e Bunzl Overseas Holdings (Nº 2) Limited, sendo que a primeira suportou sozinha o ônus da operação (...)

Após julgamento pela DRJ, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 4.650 e 5.109), julgado pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção (acórdão nº **1402-002.826**), colacionando-se trecho da ementa a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. AMORTIZAÇÃO. DEDUÇÃO.

Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva amortização pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE

Havendo transferência de ágio da pessoa jurídica que efetivamente pagou com ágio para a pessoa jurídica que o pretende amortizar por meio de uma pessoa jurídica interposta, comumente denominada de empresa veículo, torna-se indevida a dedução da amortização do ágio, mesmo que preenchidos os requisitos formais dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, bem como os artigos 385 e 386 do RIR/99, caso não haja prova de outro motivo para a utilização dessas empresas que não seja unicamente o tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

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

IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.

Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.

Em síntese, a Turma Ordinária rejeitou a decadência, negou provimento ao recurso voluntário quanto à exigência principal (ágio) e deu provimento ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.

Os autos foram remetidos à Procuradoria em 2/05/2018 (fls. 5.460), que interpôs recurso especial em 15/05/2018, sustentando divergência a respeito da **multa qualificada**, com paradigmas n.º **1101-000.899 e 1103-000.960**.

O Presidente da 4ª Câmara admitiu o recurso especial da Procuradoria (fls. 5.476).

O contribuinte foi intimado em 15/06/2018 (fls. 5.505), interpondo recurso especial em 28/06/2018. No recurso, alega divergência na interpretação da lei tributária a respeito Das seguintes matérias:

- (i) **Amortização do ágio**, indicando como paradigmas os acórdãos n.º **1302-001.182 e 1302-002.634**;
- (ii) **Decadência**, constando como acórdãos paradigmas os de n.º **108-09.501**
- (iii) **Incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício**, com paradigmas devidamente identificados.

O contribuinte também apresentou contrarrazões ao recurso especial da Procuradoria (fls. 6.241), em síntese, alegando

- (i) não haveria similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas;
- (ii) não existiria divergência na interpretação da lei tributária;
- (iii) mesmo que fosse conhecido o recurso especial da Procuradoria, devia ser improvido, considerando que não teria ocorrido fraude fiscal, na forma definida pelo artigo 72, da Lei n.º 4.502/1964.

O então Presidente da 4ª Câmara admitiu o recurso especial do contribuinte quanto às 3 matérias (fls. 6.283).

A Procuradoria, nesse contexto, apresentou contrarrazões ao recurso do contribuinte, pedindo não seja conhecido e, no mérito, seja negado provimento ao recurso. No

conhecimento, menciona que não teria sido demonstrada a similitude fática entre os casos cotejados.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Como acima relatado, foram admitidos recurso especial do contribuinte quanto à amortização do ágio, juros sobre a multa e decadência, como também recurso especial da Procuradoria a respeito da multa qualificada. A admissibilidade dos recursos foi questionada pela Procuradoria e contribuinte, respectivamente.

Assim, passo à análise do conhecimento do recurso especial do contribuinte, como também do seu mérito – se admitido pelo Colegiado. Na sequência, tratarei do conhecimento e mérito do recurso especial da Procuradoria.

Conhecimento – Decadência e Juros de Mora sobre Multa de Ofício

A Primeira Turma da CSRF aprovou Súmula em 03/09/2018, com o seguinte teor:

Súmula CARF n.º 116: Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança

O acórdão recorrido, embora proferido antes da aprovação da Súmula, teve os mesmos fundamentos da Súmula, como se verifica do trecho da ementa desta decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

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

DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. AMORTIZAÇÃO.

DEDUÇÃO.

Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva amortização pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.

Ademais, é pertinente destacar que o Regimento Interno do CARF impede o conhecimento de recurso especial, quando o acórdão recorrido alinhe-se ao entendimento de Súmula CARF, mesmo que aprovada posteriormente à interposição do recurso especial:

Art. 67. (...)

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

Assim, **não conheço o recurso especial quanto à decadência.**

Conhecimento – Juros de Mora sobre a Multa de Ofício

Também em 03/09/2018, aprovou-se Súmula tratando da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício:

Súmula CARF n.º 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

O acórdão recorrido fundamenta-se no mesmo sentido, extraindo-se do voto do Relator, Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella:

Quanto à alegações da ilegalidade de incidência de juros sobre multa e aplicação da Taxa SELIC, esta C. 2ª Turma acompanha o atual entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que entende ser devida tal manobra, bem como correta eleição da taxa SELIC.

Assim, **não conheço o recurso especial quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício**, por força do artigo 67, §3º do RICARF e da Súmula CARF 108.

Conhecimento – Amortização do Ágio

O recurso especial do contribuinte, no tema amortização do ágio, indicou dois acórdãos paradigmas: **1302-001.182 e 1302-002.634**.

O Presidente de Câmara admitiu o recurso quanto a ambos os recursos, *verbis*:

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, havendo transferência de ágio da pessoa jurídica que efetivamente pagou com ágio para a pessoa jurídica que o pretende amortizar por meio de uma pessoa jurídica interposta, comumente denominada de empresa veículo, torna-se indevida a dedução da amortização do ágio, mesmo que preenchidos os requisitos formais dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como os artigos 385 e 386 do RIR/99, caso não haja prova de outro motivo para a utilização dessas empresas que não seja unicamente o tributário, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 1302-001.182, de 2013, e 1302-002.634, de 2018) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que 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 (**primeiro acórdão paradigma**) e que a utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude (**segundo acórdão paradigma**).

A Procuradoria questiona a existência de similitude fática, pedindo não seja conhecido o recurso do contribuinte.

Assim, passo à análise dos fatos nos acórdãos paradigmas referidos:

O **primeiro acórdão paradigma** (n.º 1302-001.182 - Dufry) descreve o contexto fático da forma seguinte:

O fulcro da questão posta em julgamento reside na glosa de despesa com amortização de ágio, razão pela qual, inicialmente, vejamos como o TVF descreve as operações que deram origem à formação do ágio:

1º Evento (22/08/2005): Criação da Empresa que futuramente serviu como Veículo para a reestruturação societária. Foi constituída a sociedade SENDEROS PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 07.677.304/0001, cuja razão social foi posteriormente alterada para DUFREY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. [EMPRESAVEÍCULO];

2º Evento (05/12/2005): Constituição da Investidora Estrangeira no Uruguai. Foi constituída a sociedade DELMEY S/A, sediada no Uruguai, com Capital Social correspondente a 1.600.000 pesos uruguaios;

3º Evento (07/03/2006): Investidora no Uruguai adquire a empresa veículo A DELMEY SOCIEDAD ANÔNIMA – sociedade constituída no URUGUAI adquire 100% do Capital Social da SENDEROS (empresa veículo), a qual teve sua razão social alterada para DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 07.197.888/000150;

4º Evento (07/03/2006): Transferência das quotas da BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA para as pessoas físicas que detinham participação indireta via outras Pessoas Jurídicas;

5º Evento (15/03/2006): Aumento de Capital na Investidora Estrangeira. Foi realizado aumento de Capital Social da DELMEY S/A, mediante integralização em espécie, no montante de US\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de dólares), o qual passou a corresponder a \$ 15.000.000.000,00 (quinze bilhões de pesos uruguaios);

6º Evento (23/03/2006): Investidora Estrangeira Aumenta o Capital da Empresa Veículo. Foi realizado aumento do capital social na DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. (EMPRESA VEÍCULO), mediante integralização em espécie, no valor de R\$ 53.531.400,00, conforme lançamento contábil da sociedade constante no ANEXO I Escrituração Contábil da DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA;

7º Evento (23/03/2006): Investidora Estrangeira Efetua Empréstimo para a Empresa Veículo. Foi realizado empréstimo da DELMEY para a sua controlada, DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA (EMPRESA VEÍCULO), no valor correspondente a US\$ 225.950.000,00 (duzentos e vinte e cinco milhões, novecentos e cinquenta mil dólares), conforme lançamento contábil constante do ANEXO I Escrituração Contábil da DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

8º Evento (23/03/2006): Empresa Veículo Adquire as Quotas da Brasif Duty Free Shop Ltda. Do montante de R\$ 535.086.667,71 pago na Aquisição, pela DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES, das quotas da BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA (FISCALIZADA), R\$ 39.234.501,04 corresponderam ao valor patrimonial da participação societária, e R\$ 485.418.166,65 foram consignados como ÁGIO fundamentado na expectativa de rentabilidade futura;

9º Evento (07/04/2006): BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA incorpora a empresa veículo e muda de nome para DUFY BRASIL DUTY FREE SHOP LTDA;

10º Evento (05/10/2006): Delmey muda o nome para DUFY SOUTH AMÉRICA S/A;

11ºEvento (13/10/2006): Redução do capital social da DUFY SOUTH AMÉRICA S/A Ocorreu a redução do capital social da DUFY SOUTH AMÉRICA S/A [antiga DELMEY SOCIEDAD S/A] no valor de US\$ 254.000.000,00, com retirada em espécie

Diante desses fatos, a autoridade fiscal concluiu o seguinte:

Neste item, demonstrar-se-á que a fiscalizada operou uma reestruturação societária com simulação e ocorrência de ato ilícito nulo por abuso de direito, mediante extrapolação dos limites do fim econômico, da função social e da boa-fé objetiva, bem como pela ocorrência de fraude à lei na utilização de operações estruturadas, que isoladamente aparentavam licitude, mas que, vistas em seu conjunto, acabaram por demonstrar uma outra realidade.

Nesse contexto, o Colegiado prolator do **primeiro acórdão paradigma (nº 1302-001.182 - Dufry)**, decidiu:

Até agora, nota-se que a autoridade fiscal nega em verdade o permissivo legal criado pelos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, ou seja, estamos diante de uma situação em que foi efetivamente pago o ágio (não se trata de planejamento com base no art. 36 da Lei 10.637/02), no qual um investidor estrangeiro (DELMEY) aporta capital em uma empresa (DUFY BRASIL), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (BRASIF) e, a seguir, esta incorpora aquela.

Analisando o citado acórdão paradigma vislumbro similitude fática, lembrando que no caso dos autos no qual houve constituição de uma empresa para aquisição de investimento para, com tal estrutura, haver amortização do ágio. Os acórdãos concluíram de forma distinta quanto à interpretação do artigo 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997, concluindo o paradigma que seriam regularmente aplicáveis tais dispositivos legais sendo legítima a amortização da despesa com ágio, enquanto o voto vencedor do acórdão recorrido menciona que:

Não faz qualquer sentido societário ou econômico (exceto aferir vantagem tributária) a utilização de uma empresa com o único propósito de aumento de capital para, em seguida, a mesma ser extinta por meio de incorporação, com apenas 12 (doze) meses de existência, sem que qualquer outra operação relevante fosse realizada.

Diante disso, **voto pelo conhecimento do recurso especial do contribuinte quanto ao primeiro paradigma.**

O segundo acórdão paradigma (1302-002.634) trata do seguinte contexto fático:

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

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

Diante deste contexto, decidiu o Colegiado no **segundo acórdão paradigma (1302-002.634)**, conforme voto vencedor:

O fundamento único, diga-se, utilizado pela D. Auditoria para inquirir de ilegalidade as operações acima, e, consentaneamente, para glosar as despesas deduzidas pela recorrente a título de amortização de ágio, foi o uso de uma "empresa de passagem", de vida curta, para efetuar-se a aquisição do investimento mencionado alhures; ao ver da fiscalização, da DRJ, da PGFN e, também, do D. Relator, a criação de aludida empresa veículo não teria, em si, um fundamento econômico suficiente para justificar os negócios pactuados, tal qual como concebidos, identificando-se, assim, um intuito exclusivamente fiscal.

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

Em resumo, não vejo nas operações aqui tratadas qualquer mácula que possa, a luz dos preceitos dos artigos 116, parágrafo único, e 167 do Código Civil, autorizar a desconsideração dos negócios avençados, dotados que foram de efeitos econômicos e

tributários concretizados. As despesas com amortização de ágio licitamente formado, o foram com a estrita observância das regras encartadas nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532, pelo que, entendo, descabível a sua glosa, venia concedida.

Constato que há similitude fática entre acórdão recorrido e paradigma, ambos tratando da constituição de empresa “veículo” para a aplicação dos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997, o que teria sido contestado pela fiscalização, concluindo os Colegiados pela interpretação dos citados dispositivos legais de forma distinta.

Portanto, **conheço do recurso especial do contribuinte quanto a ambos os paradigmas.**

Mérito – Ágio

O cerne da autuação fiscal é a criação de empresa “veículo” (Bunzl Participações Ltda), razão pela qual tratarei no presente voto da possibilidade de surgimento de ágio com a utilização de “*empresa veículo*”.

O lançamento tributário e o acórdão recorrido tratam da interpretação dos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997. Lembro o teor do artigo 7º, da Lei nº 9.532/1997:

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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E a previsão do artigo 8º, da Lei nº 9.532/1997, *verbis*:

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

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

Em comentários aos citados dispositivos legais, Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira tratam da possibilidade de holding e incorporação reversa, sem prejuízo do reconhecimento do ágio dedutível:

A Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)"

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei" (Análise do Tratamento Contábil e Fiscal do Ágio em Estrutura de Aquisição ou Titularidade de Sociedades quanto há a Interposição de *Holding*, in *Controvérsias Jurídico-Contábeis*, 4ª Volume, São Paulo, Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179).

Destaco, ainda, trecho do voto vencido no acórdão recorrido, do conselheiro que muito admiro, Caio Cesar Quintella, cujas razões adoto para decidir:

Assim, fica claro que a acusação fiscal resume-se, precisamente, à classificação da Bunzl Participações Ltda. como empresa veículo, o que revelaria ser o detentor e titular da despesa com o ágio a pessoa jurídica estrangeira, Selectuser Limited. Assim, não teria havido a extinção por incorporação, fusão ou cisão da participação da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou viceversa).

(...)

Apesar da notória repercussão dos julgados sobre o tema, existe certa

disparidade quanto à fixação precisa de todos requisitos de uma operação para permitir o livre aproveitamento do ágio.

Mas é plenamente seguro afirmar que se entende relevante e necessário para a verificação objetiva da formação lícita do ágio, nos moldes das prescrições do art. 385 e 386 do RIR/99, a presença dos seguintes elementos: 1) o efetivo sacrifício econômico no momento do investimento que lhe originou; 2) realizado entre partes não relacionadas; 3) arrimado em laudo válido, contemporâneo, exarado por terceiro competente e; 4) nas operações em que há a extinção de pessoa jurídica, a absorção do patrimônio da investida pela investidora (ou vice-versa).

Apenas um elemento daqueles acima elencados foi questionado pela Fiscalização, qual seja: a absorção patrimonial entre as empresas que realmente transacionaram, vez que, no seu entender, através de planejamento tributário, utilizando empresas sem propósito negocial, mascarou-se os reais investidores estrangeiro. Ou seja, para a Autoridade Fiscal, a confusão patrimonial entre a holding nacional adquirida pelo Grupo Bunzl não bastou para o aproveitamento do ágio. (...)

Este Conselheiro filia-se a tal corrente, no sentido de que o mero emprego de empresas veículos, inclusive holdings criadas com o único propósito de promover aquisição de participação societária, não invalida a dedutibilidade do ágio percebido nas operações, desde que regular a sua formação e não tendo o emprego de tais empresas representado a formação de ágio novo ou elevado seu montante. O fato de seus titulares serem empresas estrangeiras é absolutamente irrelevante para dedutibilidade das despesas percebidas.

A estruturação de negócios de fusões e aquisições utilizando modelos que contemplam holdings e companhias especificamente criadas para promover tais transações faz parte do corolário de livre organização empresarial, não havendo qualquer vedação legal a tal modelo, não podendo a opção societária contaminar a dedutibilidade de uma despesa que foi legitimamente formada independentemente de qual pessoa jurídica envolvida restou figurando como sua detentora, ao final de todas as etapas de execução do negócio.

Agora, mesmo afastada de plano a possibilidade de glosar o ágio aproveitado pela mera constatação do emprego de estrutura que contemple empresas veículo, para uma melhor e mais detalhada resolução do presente feito, faz-se importante aprofundar-se nos elementos pelos quais a Fiscalização entendeu serem estas companhias parte de planejamento tributário ilegítimo. (...)

Como se observa em tais trechos das acusações da Fiscalização, percebe-se que se atribuiu os rótulos de carcaça jurídica e empresa de prateleira às 2 holdings adquiridas pelas razões destas i) terem sido originalmente constituídas por técnicos em contabilidade, ii) possuírem capital social original de R\$ 1.000,00 (e depois recebendo de seus novos titulares o aporte de mais de R\$ 100.000.000,00), iii) possuírem a mesma sede iv) ter a Bunzl Participações Ltda. perdurado apenas 9 meses no Grupo (sendo incorporada pela própria PROTCAP), v) não ter efetuado nenhum outro negócio relevante antes da aquisição das quotas, vi) não serem necessárias para as operações que foram efetuadas e vii) os contrato de compra e venda das quotas efetivamente firmado e eventuais notificações serem redigidos em língua inglesa.

Primeiramente, e conferindo todo o respeito ao trabalho da Autoridade Fiscal, é necessário o esclarecimento do conceito de Direito Comercial de empresas holdings, posto que algumas de suas características próprias, tanto práticas como jurídicas, plenamente lícitas e corriqueiras, foram utilizadas como argumento para constatação de sua suposta ausência de propósito negocial. (...)

Assim, dentro de sua condição de companhias não operacionais, sem caráter comercial, mercantil, a acusação de possuírem as holdings mesma sede e capital social diminuto, assim como terem sido constituídas por terceiros (seja por técnicos em contabilidade ou

qualquer outra profissão), antes da aquisição pelo Grupo estrangeiro, nada mais faz do que confirmar sua correta classificação societária e natureza jurídica de holding.

(...)

Eis então, sua função e propósito negocial: instrumentar a entrada de investimento estrangeiro, procedido pela aquisição integral de uma empresa do ramo de EPIs no Brasil. (...)

E uma vez aqui fixadas, seja através de holding, filiais ou promovendo jointventures, deve ser dado o mesmo tratamento fiscal às empresas aqui constituídas e operantes, não podendo simplesmente desconsiderar suas personalidades com base em mera constatação de que seriam desnecessárias aos grupos estrangeiros, para então apontar o investidor externo como real sujeito e titular dos ônus, direitos e obrigações dessas companhias (verdadeiramente brasileiras). (...)

E uma vez demonstrado que as empresas holdings, brasileiras, estavam regularmente constituídas, dentro de seus propósitos, essas, naturalmente, revestiram-se de investidoras quando do dispêndio para uma aquisição societária, devidamente registrando essa sua despesa, inclusive a parcela percebida como ágio, não podendo manter-se a glosa sob a alegação da falta de absorção patrimonial entre investida e investidora.

Adoto as razões do acórdão recorrido, acima colacionado, para confirmar a **legitimidade do ágio** tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas.

Ressalto que o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao "investidor original". A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida caso ocorra incorporação reversa.

Diante disso, voto por **conhecer e dar provimento ao recurso especial do contribuinte** quanto ao ágio.

Conhecimento – Recurso Especial da Procuradoria

Como restei vencida no mérito do recurso especial do contribuinte, passo à apreciação do conhecimento e mérito do recurso da Procuradoria.

Lembro que o recurso especial da Procuradoria identificou dois acórdãos paradigmas: **1101-000.899 e 1103-000.960**. Os dois acórdãos paradigmas foram admitidos pelo Presidente de Câmara para conhecimento do recurso especial.

Os fatos são assim descritos no primeiro **acórdão paradigma (1101-000.899)**:

- O valor do ágio teve origem em investimento realizado por duas empresas na PUBLICAR, na época denominada LISTEL. Posteriormente, estas duas empresas, foram incorporadas pela LISTEL. O fundamento econômico na apuração do ágio foi a rentabilidade de exercícios futuros da LISTEL;

- as empresas investidoras, e, que passaram a ser controladoras da LISTEL, foram a APENINA PARTICIPAÇÕES LTDA (APENINA), CNPJ nº 03.148.388/000160 e a MKV HOLDINGS LTDA (MKV), CNPJ nº 03.038.709/000174; (...)

(...)

- ficou comprovado também que desde a sua composição, a única atividade econômica realizada por estas empresas, APENINA e MKV, foi a participação na PUBLICAR. "A conjugação dos fatos acima nos leva a concluir que o negócio foi fictício, montado

apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real". "Os fatos acima corroboram a idéia de que esta foi uma operação ilegítima, que não foi devidamente documentada, o que põe em dúvida a sinceridade da operação";

A fiscalização qualificou a multa de ofício, declarando: "Os fatos acima relatados ensejaram a aplicação da multa de ofício qualificada, conforme disposto no § 1º do art. 44 da Lei n.º 9.430/96. A operação aqui analisada infringiu os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei n.º 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei n.º 4.502/64".

O Colegiado prolator do primeiro acórdão paradigma (**1101-000.899**) analisou a multa qualificada da forma seguinte:

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. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei n.º 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei n.º 4.502/64.

Assim, a multa qualificada deve subsistir.

Os fatos analisados pelo primeiro acórdão paradigma guardam similitude com o caso dos autos, tratando de "empresa veículo" e de possível fraude na sua constituição (ou aquisição) para amortização de ágio. Ademais, ambos os acórdãos (paradigma e recorrido) analisam a qualificação da multa na forma do artigo 72, da Lei n.º 4.502, vislumbrando-se divergência na interpretação da lei tributária diante das distintas conclusões adotadas em casos similares.

Portanto, conheço do recurso especial da Procuradoria quanto ao primeiro paradigma.

Consta do relatório do **segundo acórdão paradigma (1103-000.960)** o contexto em que qualificada a multa:

A qualificação da multa incidente sobre o tributo relativo à infração indicada no item "a" acima foi motivada pelo "intuito doloso de excluir ou modificar as características do fato gerador da obrigação tributária mediante o uso de empresa veículo e ausência de propósito negocial em atos de reorganização societária", segundo informado pela autoridade fiscal no TVF.

Nesse panorama, decidiu a Turma prolatora do **segundo acórdão paradigma (1103-000.960)**:

Em suma, os fatos devem ser investigados conjunta e diligentemente para identificação do limite entre planejamento tributário lícito (ou elisão) e simulação.

No caso concreto, a fiscalização indicou a Esmeralda Holdings Ltda como empresa-veículo, constituída em 18/03/2005 com capital de R\$ 1.000,00 e objeto social

"administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista", permanecendo inativa até o evento de incorporação, sem registro de receita bruta e despesas administrativas na DIPJ e de empregados e ativo imobilizado, afirmações da autoridade fiscal não contestadas pela contribuinte.

As únicas operações realizadas durante a existência da Esmeralda foram a sua aquisição pelo Bradesco, o aumento de capital e a incorporação pela Tempo (autuada), todas, pode-se afirmar, a um só momento e voltadas para criar as condições para transferência e dedução do ágio da base de cálculo tributável.

Examinando-se o contexto de fato, bem se vê que nada mudou na distribuição de atividades do Grupo Bradesco antes e depois da incorporação da Esmeralda pela contribuinte autuada.

A Esmeralda serviu tão-somente de "canal de passagem de ágio" na sucessão de eventos societários ocorridos, como bem dito pela autoridade fiscal, tratando-se de clássico caso de empresa veículo.

Constata-se, portanto, que o alegado "planejamento estratégico" foi montado visando apenas à economia tributária. (...)

Assim, deve ser restabelecida a imposição da multa qualificada em razão da simulação suficientemente caracterizada com a utilização de empresa veículo.

Novamente vislumbro similitude fática e divergência na interpretação da lei tributária, suficientes à admissibilidade do recurso especial.

Diante disso, voto por **conhecer do recurso especial da Procuradoria.**

Mérito – Multa Qualificada

O artigo 44, II, da Lei nº 9.430/1996, previa a exigência de multa qualificada da forma seguinte:

Art. 44. (...)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

Com a edição da Lei nº 11.488/2007, fruto da conversão da Medida Provisória nº 351/2007, a multa qualificada passou a ser tratada pelo §1º, do artigo 44, nos seguintes termos:

Art. 44 (...)

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

O Termo de Verificação Fiscal refere-se ao artigo 72, da Lei nº 4.502/1964 para justificar a imposição de multa qualificada, prevendo tal dispositivo legal:

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

O acórdão recorrido decidiu, conforme voto condutor do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella:

Caso vencido em relação ao mérito, nos termos acima expostos, em relação à multa qualificada, como mencionado no relatório, sua fundamentação de aplicação foi a seguinte:

A operação engendrada pela fiscalizada, conforme já exposto, é legal apenas no seu aspecto formal, mas ilícita na medida em que objetivou unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeita. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

Como a própria justificativa do Fisco para qualificar a multa denota, não houve qualquer ato ilícito. Mas apenas a suposta intenção de reduzir carga tributária. Diferentemente daquilo defendido no TVF, tal conduta não pode ser classificada como fraudulenta, principalmente por não ter a Contribuinte violado qualquer vedação, falsificado documentos ou mesmo simulado a ocorrência negócios inexistentes.

O acórdão recorrido não merece reforma, não se sustentando a imposição de multa qualificada no caso dos autos, na medida em que não se vislumbra a ocorrência de fraude na operação societária em análise.

Com efeito, mesmo tendo este Colegiado decidido pela ineditabilidade do ágio, não há que se restabelecer a multa qualificada, quando não constatado o dolo do contribuinte que pudesse identificar a fraude definida pelo artigo 72, da Lei nº 4.502.

Sobre a necessária prova do dolo do agente, destacam-se lições de Paulo de Barros Carvalho:

Infração subjetiva é aquela para cuja configuração exige a lei que o autor do ilícito tenha operado com dolo ou culpa (esta em qualquer de seus graus). (...)

Nos autos de infração, o agente não poderá limitar-se a circunscrever os caracteres fáticos, fazendo breve alusão ao cunho doloso ou culposo da conduta do administrado. Isto não basta. Há que provar, de maneira inequívoca, o elemento subjetivo que integra o fato típico, com a mesma evidência com que demonstra a integração material da ocorrência fática.

É justamente por tais argumentos que as presunções não devem ter admissibilidade no que tange às infrações subjetivas.

(Curso de Direito Tributário, 23ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011, fls. 595 e 599)

Compartilho o entendimento do doutrinador acima citado aplicando-o ao caso dos autos, sendo bastante rigorosa na exigência da prova do dolo do contribuinte - para fins de aplicação da penalidade qualificada. O contribuinte realizou operações que interpretou lícitas - havendo razoabilidade na sua conduta à luz da interpretação das normas vigentes ao tempo das operações societárias.

Por tais razões, voto por **negar provimento ao recurso especial** da Procuradoria quanto à multa qualificada, mantendo o acórdão da Turma *a quo*.

Conclusão

Conforme razões expostas, **conheço do recurso especial do contribuinte quanto à amortização do ágio**, não admitindo este recurso quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício e quanto à decadência, por força do artigo 67, §3º do RICARF e das Súmula CARF 108 e 116. No mérito, voto por **dar provimento ao recurso especial do contribuinte na matéria conhecida**.

Restando vencida quanto ao mérito do recurso especial do contribuinte, voto por **conhecer do recurso especial da Procuradoria, negando-lhe provimento.**

(documento assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator designado.

Não obstante o substancial voto do i. Relator, peço vênias para discordar em relação à glosa de despesa de amortização do ágio (recurso especial da Contribuinte) e a qualificação da multa de ofício (recurso especial da PGFN).

Passo ao exame.

I - Despesa de Amortização de Ágio - RE da Contribuinte

Para a devida apreciação da matéria despesa de amortização de ágio - utilização de holding (“empresa veículo”) detida por investidor estrangeiro para amortização do ágio, propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

No caso, emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerado, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

¹ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

E recentemente, por meio da Lei n.º 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei n.º 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei n.º 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para

efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

(...)

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

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

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

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

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

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

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

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

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por

ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão ².

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997 ³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER⁴ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

² Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

³ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁴ SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista ⁵ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei n.º 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 n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

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

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

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99 ⁶.

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

⁶ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a**

participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁷.

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*.

⁷ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUEI⁸, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam *a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

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

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

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o conseqüente, a

⁸ SCHOUEI, 2012, p. 62.

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

8. Consolidação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Trata-se da alienação do investimento PROT CP, de propriedade de “Família Baladin” (alienante), adquirido pelo grupo estrangeiro BUNZL (“GRUPO BUNZL”).

O grupo estrangeiro providenciou aquisição de duas empresas de prateleira no Brasil, denominadas à época das operações como BUNZL BR e BUNZL PARTICIPAÇÕES.

Em 13/02/2008 foi efetuado o aporte na ordem de R\$103 milhões do grupo estrangeiro para a BUNZL BR, que na sequência transferiu o montante para a BUNZL PARTICIPAÇÕES.

Em 18/02/2008, a BUNZL PARTICIPAÇÕES efetuou transferência para a alienante e registrou ágio na ordem de R\$75 milhões.

Em seguida, o investimento (PROT CAP) incorporou a BUNZL PARTICIPAÇÕES. Passou-se a aproveitar a despesa de amortização de ágio, por entender que teria restado consumada a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

O que se observa é que tal interpretação não encontra amparo na legislação.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item 8 do voto).

Quanto ao aspecto **pessoal**, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

A pessoa jurídica **investidora** é o GRUPO BUNZL que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. Independente de a empresa estar localizada no Brasil ou no exterior (como é o caso concreto), fato é que deveria ter participado do evento de incorporação.

Registre-se que o fato de os recursos para aquisição do investimento terem passado de **maneira efêmera** pela BUNZL PARTICIPAÇÕES (empresa com existência relâmpago, criada com capital social de R\$1.000,00 que registrou como única movimentação a aquisição do ativo, classificada como “empresa-veículo”) **não lhe conferem a condição de investidora** exigida pela legislação. É incontestável que foi o GRUPO BUNZL a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de**

rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição (vide item 7 do presente tópico).

E, como visto, o evento de incorporação não contou com a participação do GRUPO BUNZL, ou seja, não estava presente a pessoa jurídica **investidora**. O evento contou com a presença da BUNZL PARTICIPAÇÕES (denominada "empresa veículo") e do PROT CAP (investimento).

Na mesma medida, deixou de ocorrer a comunicação do patrimônio entre investidor e investida, razão pela qual não se consumou o aspecto material.

O que se observa é que a utilização da empresa BUNZL PARTICIPAÇÕES tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a pessoa jurídica investidora (GRUPO BUNZL) do evento de incorporação.

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Tal aspecto já justifica na integralidade, por si só, a manutenção da autuação fiscal.

Mas vale dizer que o caso em tela retrata, com nitidez, **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (**item 6** do presente tópico). Resta evidente o deliberado intuito de **fabricar uma despesa** com repercussão na base tributável. As transações ocorreram mediante utilização de empresa sem substância, de "prateleira", a BUNZL PARTICIPAÇÕES.

Vale transcrever excerto do voto da DRJ (e-fls. 4304/4331):

22.4. Em fevereiro de 2008, o grupo Bunzl necessitava de duas empresas para operacionalizar um planejamento tributário, em nosso entendimento, que viabilizasse o benefício fiscal de amortização tributária do ágio decorrente da aquisição da PROT CAP e, então, adquiriram as duas empresas recém constituídas, adotando como primeiro procedimento a alteração de suas razões sociais para Bunzl Participações Ltda (Bunzl Par) e Bunzl do Brasil Participações Ltda (Bunzl Br).

22.5. A empresa Bunzl Br continua operando até hoje, entretanto, a Bunzl Par deixou de existir no momento em que foi incorporada, 9 (nove) meses após sua aquisição, a fim de possibilitar "formalmente" a aplicação do dispositivo legal disposto no art. 386 do RIR/99, culminando na amortização do ágio.

22.6. A empresa Bunzl Par possui todas as características de uma empresa veículo, uma vez que, além de sua existência efêmera, não possui propósito negocial, tendo como única operação relevante durante seu curto período de existência a aquisição da fiscalizada com ágio, pelo valor de R\$100 milhões, com numerário que lhe foi aportado pela inglesa Selectuser, por intermédio de sua controladora, Bunzl BR).

22.7. Tal aporte de capital teve como objetivo criar condições para que a Bunzl Par figurasse "formalmente" como adquirente e, em seguida, transportasse o ágio para dentro do Balanço Patrimonial da fiscalizada, possibilitando sua amortização, ou seja, visando exclusivamente, ao benefício fiscal.

22.8. Como declarou a fiscalização, que acato integralmente: "Não faz qualquer sentido societário ou econômico (exceto aferir vantagem tributária indevida) a utilização de uma empresa com o único propósito de aumento de capital para, em seguida, a mesma ser extinta por meio de incorporação, com apenas 12 (doze) meses de existência, sem que qualquer outra operação relevante fosse realizada. Resta claro que o propósito das

operações foi exclusivamente tributário, para gerar uma despesa dedutível na própria empresa adquirida com ágio (PROT CAP)”.

22.9. Ainda: “É totalmente incoerente que, para adquirir a brasileira PROT CAP, o grupo BUNZL tenha adotado como procedimento preparatório a aquisição de duas empresas brasileiras inoperantes para, logo em seguida, extinguir uma delas sob a justificativa de obtenção de uma maior lucratividade e eficiência operacional, administrativa e financeira, bem como diminuição de custos operacionais, através da redução do número de empresas existentes. Já não se sabia de antemão que um maior número de empresas resultaria em um maior custo operacional? Precisou-se engendrar toda a reestruturação societária anteriormente descrita, para, só então, se concluir que a simplificação da estrutura societária reduziria o custo operacional do grupo? Fica patente que a utilização da Bunzl Participações Ltda serviu única e exclusivamente para transportar o ágio para o Balanço da fiscalizada e torná-lo amortizável por via da incorporação”.

Portanto, deve ser mantida a autuação fiscal em relação ao ágio. A utilização de empresa intermediária (BUNZL PARTICIPAÇÕES) afasta a possibilidade de atendimento dos aspectos pessoal e material da norma.

Nesse sentido, deve-se **negar provimento ao recurso especial** da Contribuinte.

II - Qualificação da Multa de Ofício - RE da PGFN

Em razão das operações descritas no tópico anterior, protesta a PGFN pelo restabelecimento da qualificação da multa de ofício (150%) imputado pela autoridade fiscal.

Dois elementos são contundentes para demonstrar a artificialidade da operação. Primeiro, o brevíssimo lapso temporal das operações, com remessas advindas do real investidor em 13/02/2008 (GRUPO BUNZL), transferência para empresa de capital social de R\$1.000,00 (BUNZL PARTICIPAÇÕES na mesma data e remessa de recursos ao alienante em 18/02/2008. Transcrevo excerto do TVF (e-fl. 3044):

É relevante observar que, em 13/02/2008, a conta corrente da BUNZL PAR não possuía saldo, e recebeu um crédito de R\$ 103 milhões, pouco mais do que a totalidade do preço do negócio que viria a ser formalizado cinco dias depois (em 18/02/2008) com a família BALDIN. Vale frisar que a empresa BUNZL PAR tinha iniciado suas atividades havia menos de três meses, com capital de apenas R\$ 1000,00.

Segundo, a utilização artificial da BUNZL PARTICIPAÇÕES. Transcrevo outro excerto do TVF (e-fl. 3045 e 3053):

Ocorre que a BUNZL BR também tinha recém iniciado suas atividades com capital de R\$ 1.000,00, tendo declarado não haver realizado operações de nenhuma natureza no ano-calendário de 2007, conforme Declaração de Informações Econômico- Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), que foi apresentada com todos os campos “zerados”(fls. 734 a 752).

(...)

Em 22/11/2007 foram constituídas as empresas “Icanã Participações Ltda” e “Jutaí Participações Ltda”, citadas na etapa nº 1 do histórico constante no item 3.1 precedente. Ambas as sociedades nasceram com o objeto social de “participação em quaisquer

outras sociedades como sócio, acionista ou quotista”, ou seja, holdings. As duas empresas tinham capital social de R\$ 1000 (mil reais) e tinham sede à Rua Boa Vista, 254, 16º andar, sala 1607, Centro, São Paulo/SP, mesmo endereço comercial de seus sócios pessoas físicas (Alexandre Junior da Silva Nogueira, CPF 130.049.868-41, Antonio Carlos Campos, CPF 859.887.158-34, e Luís Alberto Guidetti, CPF 054.658.748-80), que atuavam como técnicos em contabilidade, informações estas constantes nos contratos constitutivos das duas empresas (fls. 514 e 817).

Consultando o CPF dos três sócios nos sistemas informatizados da RFB, aparecem centenas de empresas do tipo “holding” registradas em seus nomes, com endereço à Rua Boa Vista, 254, 16º andar, sendo que eles figuram apenas nos primeiros meses nos respectivos quadros societários, do que se depreende claramente que se trata de um escritório contábil que vende “empresas de prateleira”. Assim, é possível concluir que as empresas foram constituídas sob os nomes aleatórios de “Icanã” e “Jutai” para serem colocadas à venda em seguida.

Em fevereiro de 2008, o grupo BUNZL necessitava de duas empresas para operacionalizar um planejamento tributário que viabilizasse o benefício fiscal de amortização tributária do ágio decorrente da aquisição da PROT CAP e, então, recorreram a um escritório contábil e adquiriram as duas empresas recém constituídas, adotando como primeiro procedimento a alteração de suas razões sociais para Bunzl Participações Ltda e Bunzl do Brasil Participações Ltda.

Não resta dúvida de que as operações refletem um completo desvirtuamento do instituto de pessoa jurídica, criada apenas para fabricar uma despesa. Ora, empresas não se prestam a fabricar despesas, mas sim a fabricar produtos, gerar empregos, prestar serviços, mediante consecução de atividades reais.

O *plus* na conduta é evidente, com eventos mediante utilização de empresa artificial e em breve lapso temporal, ultrapassando o tipo objetivo da norma tributária. Não se trata de mero descumprimento do dispositivo legal. Verifica-se a presença dos elementos cognitivo e volitivo, consumando-se o dolo, cuja definição é apresentada com clareza por CEZAR ROBERTO BITENCOURT⁹:

O dolo, elemento essencial da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento, é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele.

Sobre o elemento cognitivo, BITENCOURT¹⁰ discorre com didática:

Para a configuração do dolo exige-se a consciência daquilo que esse pretende praticar. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada

Sobre o elemento volitivo, são claros os ensinamentos¹¹:

A vontade, incondicionada, deve abranger a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexos causal. A vontade pressupõe a previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, volume 1, 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 267.

¹⁰ BITENCOURT, 2007, p. 269.

¹¹ BITENCOURT, 2007, p. 269.

Presentes, sem sombra de dúvidas, os elementos volitivo e cognitivo. Flagrante se mostra o dolo.

Cabe, portanto, ser restabelecida a qualificação da multa de ofício.

Assim, deve ser **dado provimento ao recurso especial da PGFN**.

III - Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de (i) **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte, e (ii) **dar provimento** ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura