



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16561.720170/2012-31  
**Recurso** Especial do Procurador e do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-004.752 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 4 de fevereiro de 2020  
**Recorrentes** FAZENDA NACIONAL  
JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE  
PRODUTOS PARA SAUDE LTDA

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

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.

#### AQUISIÇÃO. ALIENANTE E ADQUIRENTE. EMPRESAS SEM VÍNCULO.

A aquisição do investimento predicada pelo art. 7º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, pressupõe operação entre adquirente e alienante sem vínculo empresarial. Não há sentido exigir positividade para explicitar que adquirente e alienante não podem ser do mesmo grupo empresarial, vez que o conceito de aquisição envolve uma transação entre partes independentes. Alienação de investimento de uma controladora para sua controlada não é aquisição, é transferência interna de fluxo de caixa entre empresas de mesmo grupo, e por isso não se mostra apta a lastrear existência de despesa amortizável.

#### LEGALIDADE. APRECIÇÃO INTEGRADA. PLUS NA CONDUTA. DOLO. SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

1 - Não há que se tolerar o desvirtuamento dos institutos jurídicos. Legalidade não é dizer que se o negócio jurídico é legal para um ramo do direito (civil, empresarial, dentre outros) encontra-se intocável para todo o ordenamento. Legalidade é verificar se o negócio jurídico é legal sob o âmbito de todo o direito, inclusive o tributário.

2 - Presente o dolo em operações de reestruturação societárias criadas com o objetivo exclusivo de possibilitar a amortização de ágio fictício, mediante a utilização artificial de empresa cuja utilização visa especificamente a construção falaciosa de despesa tributária.

3 - Demonstrado o intuito doloso, elemento comum nas hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, e a incidência nos art. 149, inciso VII do CTN e art. 44, § 1º da Lei nº 9.430, de 1996, cabe a qualificação da multa de ofício para 150%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Lívia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada) e José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. Votaram pelas conclusões os conselheiros Lívia De Carli Germano e Caio Cesar Nader Quintela (suplente convocado). No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Lívia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), Caio Cesar Nader Quintela (suplente convocado) e José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), que lhe negaram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto, quanto ao Recurso Especial do Contribuinte, o conselheiro Caio Cesar Nader Quintela (suplente convocado). Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Caio Cesar Nader Quintela. Entretanto, findo o prazo regimental, o Conselheiro Caio Cesar Nader Quintela não apresentou a declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do § 7º do art. 63 do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF).

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Lívia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Viviane Vidal Wagner, Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), Andrea Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintela (suplente convocado), José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente a conselheira Cristiane Silva Costa, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

## **Relatório**

São recursos especiais interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”, e-fls. 8309/8327) e JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS PARA SAUDE LTDA (“Contribuinte”, e-fls. 8367/8397), em face das decisões proferidas no Acórdão nº 1201-001.469 (e-fls. 8192/8264), na sessão de 10/08/2016, no qual se deu parcial provimento ao recurso voluntário, para afastar a qualificação da multa de ofício e a responsabilidade tributária da pessoa jurídica HYPERMARCAS S/A, e no Acórdão de Embargos nº 1201-001.841, da sessão de 27/07/2017, no qual foram acolhidos os

embargos de declaração sem efeitos infringentes, ambos da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção.

Assim foram ementados os Acórdãos n.º 1201-001.469 e 1201-001.841:

(Acórdão n.º 1201-001.469)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2007, 2008, 2009

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE. Incabível a dedução de amortização de ágio decorrente de operação societária realizada entre empresas de mesmo grupo econômico, pela inexistência da contrapartida do terceiro que gere o efetivo dispêndio.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço a terceiros. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a sucessão de operações societárias sem qualquer finalidade comercial que resulte em incorporação de pessoa jurídica de mesmo grupo, com utilização de empresa veículo, unicamente para criar de modo artificial as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real e da contribuição social.

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito comercial mas revela objetivo exclusivamente tributário.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ACÓRDÃO DRJ. COMPOSIÇÃO DA TURMA INCOMPLETA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

A Portaria 341/11 que estabelece que somente quando presente a maioria dos membros da Turma, poderá haver deliberação, bem como, que o Delegado da DRJ pode designar julgador ad hoc para participar de sessão específica em Turma de julgamento, visando garantir o quórum mínimo de 03 julgadores que uma vez alcançado, possibilita o julgamento.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INOCORRÊNCIA DE ENCERRAMENTO DA EMPRESA CINDIDA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 132 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

Não tendo ocorrido o encerramento das atividades da empresa cindida é inaplicável a regra de responsabilização tributária por sucessão prevista no art. 132 do CTN.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. REDUÇÃO.

A multa deve ser reduzida ao percentual de 75% por não haver nos autos comprovação cabal das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964.

.....  
(Acórdão n.º 1201-001.841)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2007, 2008, 2009

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. EMPRESA CINDIDA NÃO EXTINTA. IMPOSSIBILIDADE.

As previsões contidas no artigo 5º, inciso III, e § 1º, alínea b, do Decreto-lei nº 1.598/77 e do art. 207 do RIR/99 não devem se sobrepor ou mesmo ultrapassar os limites contidos no art. 132 do CTN, razão pela qual resta impossível a responsabilização tributária por sucessão da empresa que absorver parcela da empresa cindida mas não extinta como acontece na hipótese de cisão parcial.

A autuação fiscal de IRPJ e CSLL (e-fls. 5927/6075), discorre sobre operação econômica entre empresas do mesmo grupo que consumou em amortização de ágio que seria indedutível, por se tratar de “ágio interno”. Foi aplicada multa qualificada de 150%, e incluída no polo passivo na condição de responsável tributária a HYPERMARCAS S/A.

A Contribuinte (e-fls. 6091/6190) e a HYPERMARCAS S/A (e-fls. 7529/7525) apresentaram impugnações, que foram julgadas improcedentes (e-fls. 7824/7882) pela 3ª Turma da DRJ/São Paulo I, no Acórdão nº 16-46.737, conforme ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

**INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTRAGRUPO. INDEDUTIBILIDADE.** Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura apurado em decorrência de aquisição de empresa do mesmo grupo societário.

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.** Aplica-se a multa de ofício qualificada no percentual de 150%, quando o procedimento fiscal evidenciou que o contribuinte realizou operações visando à criação de ágio intragrupo e sua amortização para redução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA TRIBUTÁRIA. CISÃO PARCIAL.** O ato de cisão parcial pode estipular que a sociedade que absorver parcela do patrimônio da sociedade cindida será responsável apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade com a companhia cindida. Porém, essa disposição não se aplica a tributos, pois não há lei que autorize alterar a definição legal do sujeito passivo por meio de convenções particulares. Logo, a sociedade cindida e a que absorveu parcela do seu patrimônio respondem solidariamente pelos tributos, no caso de cisão parcial.

**AUTO REFLEXO CSLL.** O decidido, no mérito do IRPJ, repercute na tributação reflexa.

Foram interpostos recursos voluntários pela Contribuinte (e-fls. 7904/7977) e a HYPERMARCAS S/A (e-fls. 8065/8114). A 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção deu parcial provimento ao recurso voluntário, para afastar a qualificação da multa de ofício e a responsabilidade tributária da pessoa jurídica HYPERMARCAS S/A.

Foram opostos embargos de declaração (e-fls. 8266/8267) pela PGFN. O Acórdão de Embargos nº 1201-001.841, acolheu o recurso sem efeitos infringentes. Foram opostos novos embargos de declaração pela PGFN (e-fls. 8298/8299), que não foram admitidos por despacho de exame de admissibilidade de embargos (e-fls. 8304/8307).

A PGFN interpôs recurso especial (e-fls. 8309/8327), pretendendo devolver a matéria “multa qualificada (150%)”. Aduz que as operações societárias que resultaram na formação do ágio, do ponto de vista tributário, deveriam ser refutadas, vez que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL teriam sido vultuosa e ilegalmente diminuídas em razão de

amortizações do sobrepreço gerado artificialmente em operações intragrupo, estando demonstrado o intuito doloso e de fraude. Requer pelo conhecimento e provimento do recurso.

Despacho de exame de admissibilidade (e-fls. 8335/8343) deu seguimento ao recurso especial da PGFN.

Foram apresentadas contrarrazões (e-fls. 8653/8672) pela Contribuinte. Preliminarmente, requer pelo não conhecimento do recurso especial da PGFN, em razão de ausência de divergência na interpretação da legislação tributária. No mérito, discorre que não haveria que se falar em qualificação da multa de ofício, tendo inclusive a mesma autuação fiscal, relativas a anos-calendários posteriores, julgada pela 1ª Turma da CSRF no Acórdão n.º 9101-003.365, ocasião em que foi afastada a multa qualificada. E, tendo tal decisão transitado em julgado, pugna pela aplicação do art. 76, inc. II, alínea “a” da Lei n.º 4.502, de 1964, que veda a aplicação de quaisquer penalidades nessa situação. Requer pelo não conhecimento e não provimento do recurso especial da PGFN.

A Contribuinte interpôs recurso especial (e-fls. 8367/839), visando devolver as matérias (1) Ágio decorrente de operação entre partes relacionadas e (2) Ágio - utilização de empresa veículo. Discorre que as reorganizações societárias que deram origem ao ágio decorreram de operações legítimas, no contexto de reorganização conduzida globalmente do grupo econômico, que as sociedades brasileiras do grupo Johnson & Johnson foram adquiridas pelo valor de mercado mediante pagamento em dinheiro, que os propósitos comerciais foram verdadeiros, e que ainda que se entendesse que o ágio tivesse sido originado entre partes relacionadas, tal fato não poderia justificar a glosa das despesas de amortização, já que a legislação fiscal em vigor à época dos fatos ora discutidos não vedaria, explícita ou implicitamente, a amortização de ágio gerado em operações com partes relacionadas, tendo tal tipo de restrição ocorrer somente com a publicação da MP 627/13 e de sua conversão na Lei 12.973/14. Registra ainda que a legislação exigia em diversos casos que partes relacionadas transacionassem em bases comutativas, como nas regras de DDL, de Preços de Transferência e de Interdependência para fins de IPI. Conclui que a JJ Administração não poderia ser considerada “empresa-veículo”. Requer pelo provimento do recurso especial.

Despacho de exame de admissibilidade (e-fls. 8742/8753) deu seguimento ao recurso especial da Contribuinte. E relação à matéria “Ágio - utilização de empresa veículo”, foi admitida para o paradigma n.º 1302-002.045, vez que se entendeu que a outra decisão, n.º 1301-002.608 não teria demonstrado a divergência.

Foram apresentadas contrarrazões (e-fls. 8792/8827) pela PGFN. Preliminarmente, requer pelo não conhecimento do recurso especial da Contribuinte para a matéria “Ágio - utilização de empresa veículo”, vez que o paradigma n.º 1302-002.045 não se prestaria a demonstrar a divergência por ausência de similitude fática. No mérito, aduz que operações societárias que foram realizadas no exterior, consumaram em (i) aumento artificial do custo de aquisição das empresas brasileiras realizado no exterior; e (ii) formação de ágio registrado no Brasil indedutível por apresentar as características do conhecido “ágio de si mesmo”, figura notoriamente ojerizada por todos os ramos de conhecimento (contábil, societário, tributário, civil, etc). Conclui que o ágio amortizado não cumpriria os requisitos legais a sua dedutibilidade. Teria restada a artificialidade do aumento do custo de aquisição das empresas JJ PRODUTOS e JJ COMÉRCIO realizado no exterior, assim, a “mais valia” não seria derivada da aquisição de nenhum investimento, mas sim de uma reavaliação espontânea, e que ainda que o ágio existisse (decorresse da aquisição de um investimento pelo Grupo Johnson & Johnson), não teria sido cumprido o requisito à dedutibilidade previsto nos artigos 7º e 8º da Lei

n.º 9.532/1997. Requer pelo não conhecimento e não provimento do recurso especial da Contribuinte.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro André Mendes de Moura, Relator.

Passo ao exame da admissibilidade.

Foram interpostos recursos especiais pela PGFN e pela Contribuinte.

O recurso especial da PGFN pretende devolver a matéria multa qualificada (150%), e o recurso especial da Contribuinte as matérias (1) Ágio decorrente de operação entre partes relacionadas e (2) Ágio - utilização de empresa veículo.

Em face de ambos os recursos, foram apresentadas contrarrazões pelas partes pugnando pelo não conhecimento.

A respeito do recurso especial da PGFN, foram apresentadas contrarrazões pela Contribuinte, pugnando pelo não conhecimento, por entender que os paradigmas não se mostrariam aptos a demonstrar a divergência na interpretação da legislação tributária.

O recurso especial da PGFN pretende reformar a decisão recorrida, que afastou a qualificação da multa de ofício. Para tanto, apresentou dois paradigmas: Acórdãos n.º 1301-001.220 e 9101-002.300.

Ao contrário do que aduz a Contribuinte em contrarrazões, tanto no recorrido quanto nos paradigmas, há similitude fática suficiente, que permite verificar a divergência na interpretação da legislação tributária.

As razões apresentadas pelo despacho de exame de admissibilidade são precisas:

O primeiro paradigma n.º.1301-001.220 possui a seguinte ementa:

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

*Exercício: 2008, 2009, 2010*

*Ementa:*

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. BASE DE CÁLCULO. RECOMPOSIÇÃO. NECESSIDADE.

No lançamento de ofício do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro deve-se levar em conta o valor apurado pelo de contribuinte, de modo que a eventual existência de resultados negativos (prejuízo fiscal ou base negativa) deve ser considerada na determinação do saldo a tributar.

**MULTA. QUALIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA.**

*Se os fatos retratados nos autos deixam foram de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante.*

**REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA.**

*Se os elementos colacionados aos autos indicam que a despesa de ágio apropriada no resultado fiscal derivou de operações que, desprovidas de substância econômica e propósito negocial, objetivaram, tão-somente, a redução das bases de incidência das exações devidas, há de se restabelecê-las, promovendo-se a glosa dos referidos dispêndios.*

**MULTA DE OFÍCIO. JUROS MORATÓRIOS. SELIC.**

*A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.*

Primeiramente, a Recorrente apresenta a situação fática constante do acórdão recorrido, onde a recorrida foi autuada em face de amortização indevida de despesa com ágio, porquanto não efetivamente pago, gerado artificialmente, dentro do mesmo grupo econômico, e desprovido de qualquer propósito negocial, que não a redução de tributos.

Defende a Recorrente que a realização dos atos em sequência demonstra a ação firme, consciente, abusiva e sistemática da contribuinte e dos demais participantes com propósito de burlar o cumprimento da obrigação fiscal. Todavia, alega a Recorrente que ainda diante da evidência do dolo, o aresto recorrido afastou a multa de ofício qualificada, enquanto que no paradigma, ao enfrentar situação fática semelhante, o Colegiado manteve a multa de ofício de 150%. Sendo assim, o acórdão recorrido teria emanado entendimento contrário ao paradigma.

Transcreveu trechos do paradigma e do recorrido para demonstrar a semelhança na situação fática e a divergência de entendimento, dos quais merecem destaque os seguintes excertos:

**Voto condutor do Acórdão recorrido.**

**AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL NAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS DESCRITAS.**

(...)

*Verifica-se que essa cadeia de operações resultou na contabilização de ágio, no exterior, que foi trazido para o Brasil, na última operação.*

(...)

*Conclui-se que não houve razão empresarial/negocial a justificar a criação da empresa JJ Administração, senão o objetivo de transferir à mesma o ágio intragrupo produzido por operações entre as empresas, todas sob o mesmo controle, no exterior.*

*A utilização da empresa veículo é fato que isoladamente não seria motivo suficiente para descaracterizar os efeitos da operação quanto à geração de ágio amortizável e dedutível. Entretanto, na presente situação entendo que o procedimento do sujeito passivo nos moldes realizados teve como escopo o contorno da legislação que trata da matéria no que se refere fundamentalmente às circunstâncias que, em ocorrendo, permitam a amortização do ágio.*

(...)

*Obviamente, o contribuinte, busca a redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, porém, no presente caso, mesmo que tal ágio corresponda à realidade, as circunstâncias em que foi criado não permitem à Recorrente o gozo desse benefício fiscal.*

**MULTA QUALIFICADA (...)**

*A Recorrente apontou que as operações autuadas pela fiscalização como não oponíveis à Administração Tributária eram, até a época dos fatos (2005), largamente*

*reconhecidas como válidas pela jurisprudência administrativa; por isso, não se pode arguir simulação, fraude ou dolo; quando muito se poderia falar em "erro de proibição", pois, se é que havia qualquer ilicitude nas operações examinadas, o que apenas admite para argumentar, não havia ao menos conhecimento por parte da Requerente acerca dessa suposta ilicitude do negócio.*

*Efetivamente, não há elementos a apontar dolo, fraude, ou simulação; ou que operações tenham sido ocultadas, dado que foram regularmente declaradas, com registros oficiais, junto a órgãos reguladores.(grifo nosso)*

**Paradigma n.º 1301-001.220:**

*Nessa linha, destaco os seguintes elementos:*

- i) uma empresa, criada a partir de um capital social de R\$ 1.000,00, foi encerrada carregando um ágio de R\$ 175.824.453,00;*
- ii) o ágio amortizado foi gerado internamente, não havendo qualquer tipo de desembolso;*
- iii) a autuada e a ESTRE HOLDING tinham os mesmos sócios majoritários;*
- iv) a teoria contábil dá respaldo apenas ao ágio pago numa negociação entre comprador e vendedor não relacionados entre si;*
- v) o ágio gerado internamente não decorre de uma operação com propósito negocial;*
- vi) no presente caso, não houve negociação, nem compra, nem venda, nem mercado livre e aberto;*
- (...)*
- xvii) a amortização de ágio interno, o qual não possui custo de aquisição, não se inclui na hipótese descrita na norma autorizadora da dedutibilidade;*
- xviii) o procedimento adotado pela contribuinte está compreendido na hipótese prevista no art. 72 da Lei n.º 4.502, de 1964, não cabendo à ela invocar desconhecimento ou prática de erro escusável;*
- xix) a contribuinte estava consciente da falta de propósito negocial do ágio gerado internamente. (grifo nosso)*

De fato, verificam-se entendimentos divergentes no que diz respeito à aplicação da multa de ofício qualificada, na medida em que o aresto guerreado reconheceu a falta de propósito negocial nas operações de reorganização societária e também reconheceu que o objetivo da recorrida era a economia de tributos, mas não enxergou dolo, e afastou a qualificação da multa de ofício.

De maneira contrária, o paradigma considerou que a conduta do sujeito passivo, ao realizar operações societárias desprovidas de propósito negocial, que não a redução de tributos, configurava dolo nos termos do art. 72 da Lei n.º 4.502/64, ensejando portanto a imposição da multa de ofício qualificada. Transcreve-se trecho da conclusão do paradigma acerca da aplicação da multa qualificada:

*No caso vertente, a meu ver, a qualificação é ínsita à própria infração imputada, isto é, se existente essa, não há como deixar de admitir a exasperação da penalidade, vez que a irregularidade apontada encontra seu maior suporte no artificialismo da reorganização societária empreendida.*

Vale a pena esclarecer o contexto fático dos acórdãos confrontados. Em ambos os casos tratou-se de glosa de despesa de amortização de ágio. Os dois acórdãos reconheceram ser indevida a dedução do ágio, diante de operações de reorganização societária

realizadas entre empresas de um mesmo grupo econômico, sem o efetivo pagamento do ágio e sem propósito negocial, a não ser a redução dos tributos.

Ainda que as operações societárias não sejam exatamente as mesmas, os aspectos citados acima e consignados nos acórdãos confrontados são suficientes a demonstrar a similitude fática que deram origem a decisões divergentes no que diz respeito à configuração ou não do dolo, a ensejar a qualificação da multa de ofício.

Portanto, no que diz respeito ao primeiro **paradigma n.º 1301-001.220, a recorrente logrou êxito em demonstrar divergência no que diz respeito à aplicação da multa de ofício qualificada.**

Transcreve-se a ementa do segundo paradigma n.º **9101-002.300:**

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

*Ano-calendário: 2007, 2008, 2009*

**ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.**

*O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem qualquer lógica negocial, sem alteração do controle das sociedades envolvidas e sem qualquer desembolso constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização.*

*A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.*

*Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.*

**MULTA ISOLADA. FALTA DE ESTIMATIVA DAS ESTIMATIVAS MENSAS DO IRPJ E DA CSLL. CABIMENTO.**

*A partir do advento da Medida Provisória n.º 351/2007, convertida na Lei n.º 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei n.º 9.430/96, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício cominada pela falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano-calendário: 2007, 2008, 2009*

**MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.**

*A constatação de evidente intuito de fraudar o Fisco, pela intencional prática de atos simulados, enseja a qualificação da multa de ofício.*

*TRIBUTAÇÃO REFLEXA CSLL - A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.*

Neste segundo paradigma, foi negado provimento ao recurso do contribuinte para manter a glosa de despesa de amortização de ágio e a multa qualificada. Entendeu-se que a geração de ágio interno, dentro de um mesmo grupo econômico, sem o efetivo

dispêndio relativo à "mais valia", é artificial e desprovida de lógica negocial, não podendo ser amortizado e que não há previsão legal para transferência de ágio por intermédio de outras pessoas jurídicas. Concluiu que a amortização de ágio é uma despesa, que deve atender a requisitos temporal, pessoal e material.

A Recorrente esclarece que apesar de na ementa do **paradigma n.º. 9101-002.300** constar a expressão "atos simulados" ao tratar da multa qualificada, o enquadramento legal constou do art.72 da Lei n.º 4.502/1964, que descreve as hipóteses de fraude e transcreveu o trecho do paradigma, do qual merece destaque a seguinte passagem:

*No caso sob análise, a autoridade lançadora entendeu que a conduta da contribuinte teria configurado fraude, conforme definição do art. 72 da Lei n.º 4.502/1964:*

*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.*

*Justificou-se tal decisão com base nas seguintes alegações, perfiladas no Termo de Verificações Fiscais:*

*Constata-se que o resultado das citadas reestruturações societárias foi inócuo sob qualquer ponto de vista, exceto o tributário, ou seja, o único intuito foi a economia fiscal. O que houve na Barigüi Veículos Ltda foi a contabilização do "ágio de si mesma".*

*(...)*

*Com toda a vênia, não vislumbro, no presente caso, dúvida acerca da atuação dolosa da contribuinte.(grifo nosso)*

Apesar de este segundo paradigma tratar de situação fática semelhante ao acórdão recorrido, qual seja, a amortização de despesa de ágio, através de reorganização societária entre empresas de um mesmo grupo econômico (ágio interno), sem que tivesse havido o efetivo dispêndio da despesa, e desprovido de propósito negocial, tendo as operações o único objetivo de redução dos tributos; o Colegiado paradigmático concluiu pela existência do dolo e manteve a multa qualificada.

Contrariamente, o acórdão recorrido, mesmo sustentando entendimento de que as operações societárias eram desprovidas de propósito negocial e que sua única finalidade era a economia tributária, não vislumbrou conduta dolosa que ensejasse a qualificação da multa.

Com efeito, constata-se a divergência de entendimento entre acórdão recorrido e o segundo paradigma **n.º. 9101-002.300**, tendo em vista que diante de situações fáticas semelhantes, as decisões confrontadas trouxeram conclusões divergentes no que diz respeito à aplicação da multa qualificada.

Para o Colegiado que proferiu a decisão paradigma, o fato de o sujeito passivo realizar operações societárias, desprovidas de propósito negocial, com a única finalidade de reduzir tributos configura fraude, nos termos do art. 72 da Lei n.º 4.502/1964. Por sua vez, no acórdão *a quo*, o Colegiado entendeu ser necessário prova cabal do dolo e acrescenta que as operações não foram ocultadas e que foram regularmente declaradas junto a órgãos reguladores.

**Logo, em relação ao segundo paradigma n.º. 9101-002.300, considero que a Recorrente também logrou êxito em demonstrar a divergência no que diz respeito à aplicação da multa de ofício qualificada.**

Vale dizer que a qualificação dos fatos é elemento essencial na construção da decisão. A leitura dos eventos postos pode receber diferentes conotações, e, por consequência, desencadear operações de silogismo divergentes. A operação de interpretação passa **tanto** pela "qualificação" do fato, operação concretizada na premissa menor, **quanto** pela consequente identificação da norma jurídica decorrente do fato interpretado, procedimento no escopo da premissa maior, nos termos da construção proposta por KARL ENGISCH<sup>1</sup>.

Os fatos não mudam, o que se mostra passível de alteração é a qualificação jurídica dos fatos, que tem como desdobramento a aplicação da norma "A" ou "B", a depender do intérprete.

A operação de interpretação envolve tanto a qualificação jurídica do fato, quanto a subsunção à norma. O que se verifica é se o fato juridicamente qualificado poderá se enquadrar na moldura colocada pela legislação. Assim, por exemplo, ao se verificar que se cabe a qualificação da multa, o que se aprecia é se o fato (incontroverso) pode qualificar uma conduta dolosa. Caso afirmativo, verifica-se se há consequência jurídica em face da qualificação do fato, que seria a imputação de multa proporcional no percentual de 150%.

Fazendo-se o teste de aderência, observa-se que o racional empregado pelos paradigmas seria suficiente para reformar a decisão recorrida. Diante de operações efetuadas dentro do mesmo grupo econômico, com formação de ágio decorrente de aquisições de empresas submetidas a um mesmo controle, com sócios em comum, os fatos, no recorrido, receberam qualificação diversa da empregada pelos paradigmas. No recorrido, entendeu-se que o fato qualificado não implicaria em conduta dolosa e, por consequência, afastou-se a qualificação da multa. Nos paradigmas, diante de fatos similares, entendeu-se pela presença de dolo, tendo como consequência jurídica a imputação da multa qualificada de 150%.

Não há reparos a fazer no despacho de exame de admissibilidade, razão pela qual **conheço do recurso especial da PGFN.**

A respeito do recurso especial da Contribuinte, protesta a PGFN em contrarrazões que a matéria "Ágio - utilização de empresa veículo" não deveria ser conhecida, porque o paradigma nº 1302-002.045 não se prestaria a demonstrar a divergência por ausência de similitude fática com o recorrido.

---

<sup>1</sup> No modelo previsto por KARL ENGISCH (Introdução ao Pensamento Jurídico. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001), a operação de subsunção compreende a apreciação da premissa menor, que consiste no fato a ser qualificado, e da premissa maior, que é a norma jurídica, sobre as quais se aplica o direito e concretiza-se a decisão, para discorrer sobre o processo de fundamentação.

E, em se tratando da premissa menor, aponta KARL LARENZ (Metodologia da Ciência do Direito. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997) que a situação ocorrida no mundo dos fatos e objeto do litúgio não é acessível diretamente ao julgador, razão pela qual tem que ser conformada. Parte-se de uma "situação de fato em bruto", apresentada em forma de relatos informados pelas partes, que podem estar carregados de parcialidade no sentido de justificar a pretensão requerida.

E, ainda que o fato possa ser imparcial, pode carregar um componente de incerteza, quando se busca a adequação a um fato jurídico predicado pela lei. LARENZ cita um exemplo, a partir de dispositivo no BGB, que dispõe que, *quem por meio de elaboração ou transformação de um ou vários materiais, fabrica uma coisa móvel nova, adquire a propriedade de uma coisa nova sempre que o valor da elaboração ou transformação não seja manifestamente inferior ao valor dos materiais.* A discussão reside no que se entende por coisa nova, e o autor dá dois exemplos. No primeiro, a pessoa constrói, em processo de carpintaria, uma caixa a partir de um insumo (tábua de madeira). No segundo, a pessoa parte de uma caixa construída de maneira precária, refaz o trabalho utilizando-se dos mesmos insumos, e confere à caixa uma aparência e qualidade completamente diferentes da versão original. No segundo caso, poder-se-ia qualificar a caixa como uma coisa nova, na mesma medida que no primeiro?

Não lhe assiste razão.

As considerações apresentadas pelo despacho de exame de admissibilidade demonstram com clareza a divergência interpretativa entre recorrido e paradigma:

**b) Ágio - utilização de empresa veículo**

(...)

**Acórdão nº 1302-002.045** (1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, inteiro teor anexado ao recurso):

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

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

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.*

*Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça licitamente.*

*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.*

Em síntese, a Recorrente, ao demonstrar o dissídio jurisprudencial, assim argumenta:

*20. Nesses dois acórdãos, de forma diversa do que ocorre no presente caso, o E. CARF concluiu que, não se tratando de hipótese de simulação, dolo ou fraude, a mera utilização de uma sociedade considerada como “veículo” não poderia levar à indedutibilidade das contrapartidas de amortização de ágio, não podendo tampouco ser aplicada a chamada “teoria da prevalência da substância econômica sobre a forma jurídica” para buscar a requalificação de negócios jurídicos válidos e legítimos.*

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que **as recorrentes lograram demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, apenas em relação ao segundo acórdão paradigma.**

Tanto no caso do acórdão recorrido quanto dos dois acórdãos paradigmas tem-se que o colegiado foi instado a se manifestar acerca da possibilidade de amortização do ágio gerado mediante utilização de empresa-veículo.

Ao apreciar a questão, a turma recorrida esposou a tese de que o uso da empresa-veículo, quando desprovido de motivação extratributária, representa empecilho à dedução de despesa de amortização de ágio. Confirma-se trecho do voto condutor:

*Conclui-se que não houve razão empresarial/negocial a justificar a criação da empresa JJ Administração, senão o objetivo de transferir à mesma o ágio intragrupo produzido por operações entre as empresas, todas sob o mesmo controle, no exterior.*

*A utilização da empresa veículo é fato que isoladamente não seria motivo suficiente para descaracterizar os efeitos da operação quanto à geração de ágio amortizável e dedutível. Entretanto, na presente situação entendo que o procedimento do sujeito passivo nos moldes realizados teve como escopo o contorno da legislação que trata da matéria no que se refere fundamentalmente às circunstâncias que, em ocorrendo, permitam a amortização do ágio.*

[...]

Em sentido diverso foi a decisão do colegiado no segundo acórdão paradigma (1302-002.045), que entendeu não representar óbice à dedução de despesa de amortização de

ágio a utilização de empresa veículo criada com o único objetivo de beneficiar-se do incentivo. Vejamos excertos do voto condutor:

*Desta forma, o Acórdão recorrido referendou o lançamento tributário procedido pela Autoridade Fiscal sustentando, como visto, que a constituição da empresa GRAPPA, tinha a única finalidade de servir de canal de passagem do ágio anteriormente apurado, pois, a evidência de sua efêmera duração, da inexistência de atividades operacionais, além de ser um caminho mais longo e oneroso para realização da operação societária, não haveria outro motivo, que não o tributário, a motivar a constituição da mesma.*

*Como visto, a autuação baseia-se na necessidade de existência de propósito negocial para realização de operações societárias. Aqui, a controvérsia se desdobra na possibilidade das Autoridades Administrativas, quando da análise das operações de reestruturação societária que originaram o ágio e/ou de sua transferência – mais especificamente na criação de empresa-veículo em conformidade com a lei – possam entrar na motivação do contribuinte para proceder de tal forma. Assim, as Autoridades verificariam se as mesmas estariam providas de algum propósito negocial, podendo, conforme o caso, desconstituí-las, requalificá-las, glosar possíveis amortizações de ágio, etc.*

[...]

*Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade Tributária, descrito acima, além de outros princípios como a livre de iniciativa, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.*

[...]

*Por outro lado, é importante ressaltar que mesmo os atos procedidos pelo contribuinte em plena atenção às disposições legais podem ser desconsiderados uma vez constatada a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo, ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, isto é, quando se comprove que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação.*

*Porém, na própria decisão recorrida reconheceu-se a inexistência de conduta dolosa que impedisse, ou retardasse as características da obrigação tributária, (conforme fl. 29 do Acórdão de Impugnação), à seguir transcrito:*

[...]

*Ocorre que, o ato cujo efeito é consoante o ordenamento, não pode ser considerado como abusivo. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros. A liberdade de iniciativa e auto-organização de que dispõe a iniciativa privada é uma garantia constitucionalmente assegurada que, como tal, não deve sofrer restrições.*

[...]

*Por isso, discordo da afirmação ínsita na decisão recorrida, quando afirma que “...o direito de auto-organização não existe para que os contribuintes paguem menos impostos, devendo ser exercido com algum propósito extratributário, a fim de que eventual supressão de tributos seja oponível ao Fisco.” (fl. 25 do Acórdão de Impugnação)*

*À vista do exposto, tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, considero indevida a glosa procedida, bem como a qualificação da multa de ofício.*

Fazendo-se o teste de aderência, observa-se que o racional empregado pelos paradigmas seria suficiente para reformar a decisão recorrida. A utilização da denominada “empresa-veículo” no paradigma e no recorrido receberam qualificações distintas, ensejando consequências jurídicas divergentes.

Assim sendo, não há reparos a fazer no despacho de exame de admissibilidade, razão pela qual conheço do recurso especial da Contribuinte.

Portanto, voto no sentido de **conhecer do recurso especial** da PGFN e do recurso especial da Contribuinte.

Passo ao exame do mérito.

Início pelo recurso especial da Contribuinte, que pretende devolver para discussão as matérias (1) Ágio decorrente de operação entre partes relacionadas e (2) Ágio - utilização de empresa veículo.

Cumpra esclarecer que as matérias encontram-se no contexto da dedutibilidade de despesa de amortização do ágio.

Sobre o assunto, propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica, 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.

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

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser 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 escritural<sup>2</sup>. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº

---

<sup>2</sup> IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

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 na 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) mantiver, 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 n.º 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<sup>3</sup>.

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 n.º 1.602, de 1997<sup>4</sup>, que, posteriormente, foi convertida na Lei n.º 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI<sup>5</sup> ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei n.º 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

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

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei n.º 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.

<sup>3</sup> Ver Acórdão n.º 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

<sup>4</sup> Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional n.º 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.

<sup>5</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 <sup>6</sup> que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>6</sup> 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.

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **5. Amortização. Despesa.**

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

No RIR/99 (Decreto-Lei 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<sup>7</sup>.

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

## **6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente**

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

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

---

<sup>7</sup> 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).

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

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

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

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

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

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

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

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

## 7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 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 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 n.º 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 n.º 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei n.º 9.718, de 1998, art. 10):

(...)

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA<sup>8</sup>.

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

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

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os**

<sup>8</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

**estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI<sup>9</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

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

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

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o conseqüente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal,

---

<sup>9</sup> SCHOUERI, 2012, p. 62.

material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o conseqüente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por conseqüência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

## 8. Consolidação

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

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

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

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

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

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

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

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar

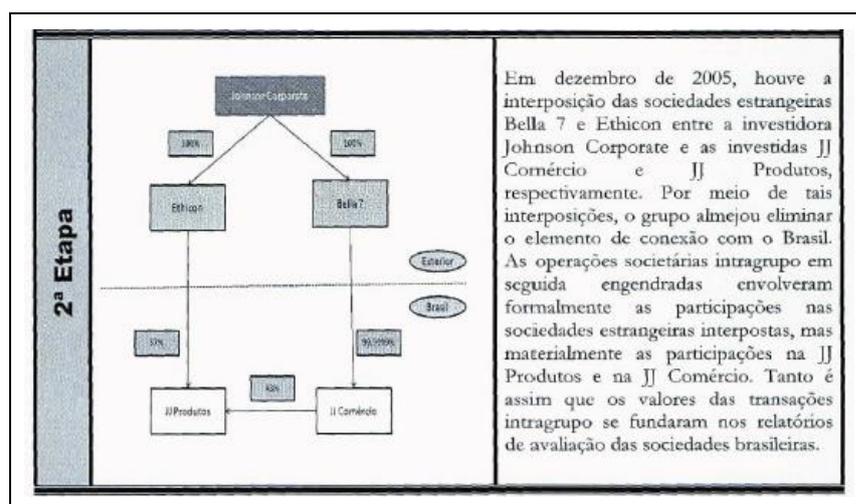
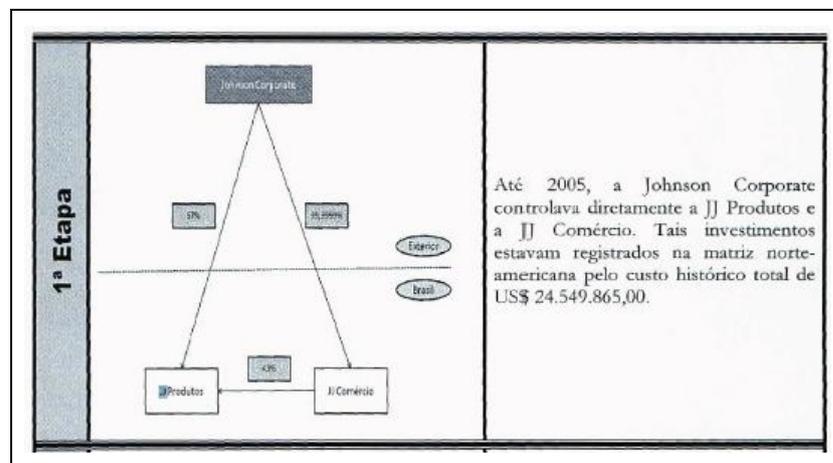
como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei n.º 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

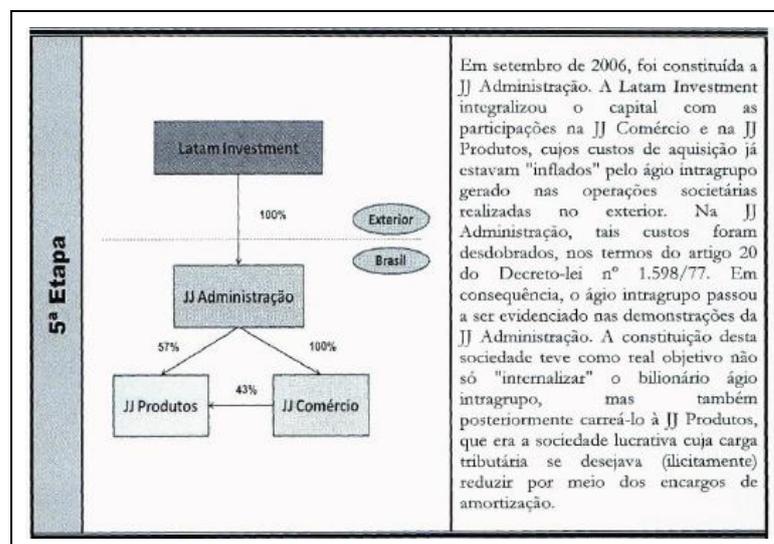
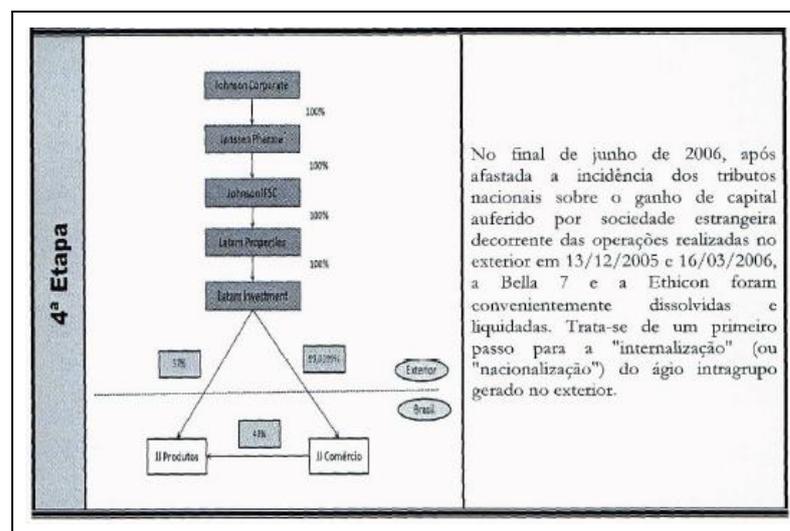
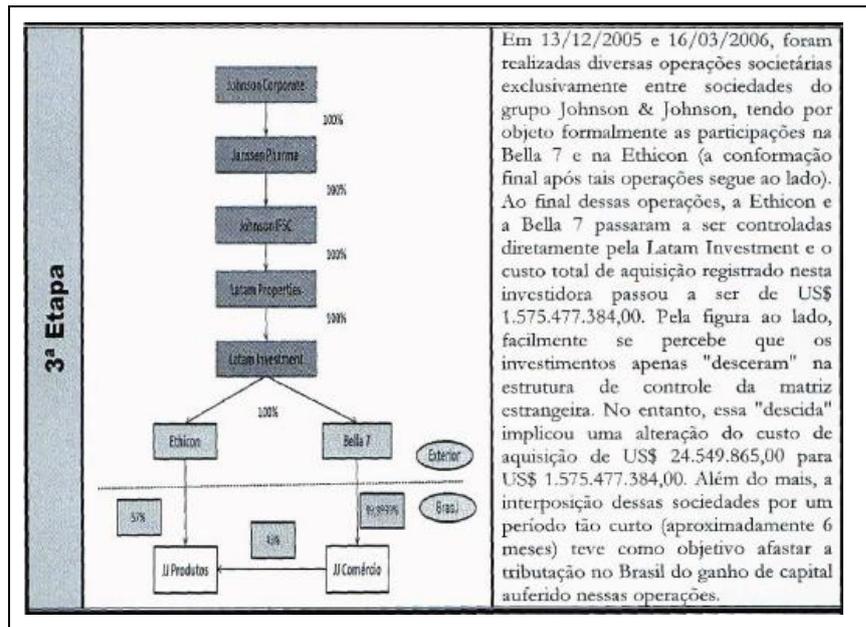
Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 1990.

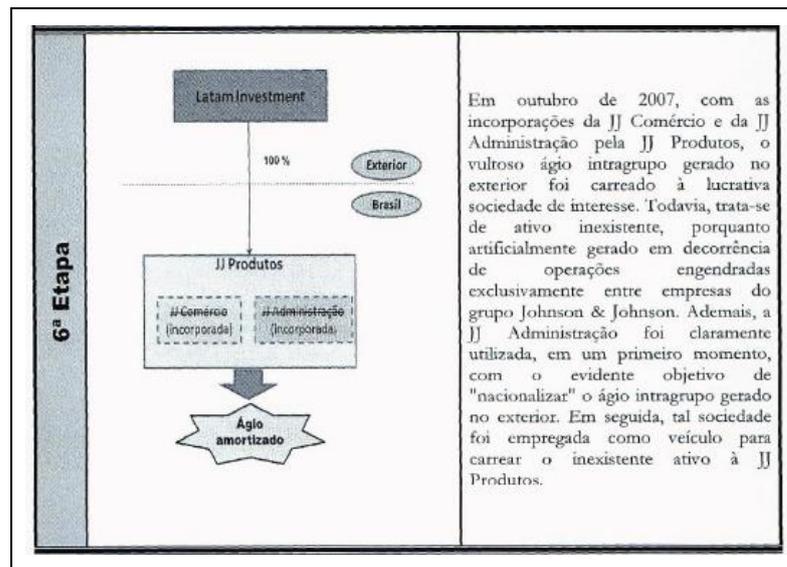
## 9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Os gráficos elaborados pela autoridade atuante apresentam com objetividade as reorganizações societárias.







No exterior, a **JOHNSON CORPORATE** era controladora das empresas JJPRODUTOS, JJCOMERCIO E LATAM INVEST.

Ao final de 2005, as quotas da JJPRODUTOS e JJCOMERCIO foram utilizadas para integralizar o capital social da ETHICON e BELLA7, pelo valor patrimonial contábil de US\$ 24,5 milhões. ETHICON passa a controlar JJPRODUTOS e BELLA7 passa a controlar JJCOMERCIO, todas sob controle da JOHNSON CORPORATE.

Entre março e junho de 2006, a LATAM INVEST passa a controlar as empresas ETHICON e BELLA7, com base nas participações da JOHNSON CORPORATE, no qual, após **reavaliação dos investimentos, efetuado dentro do grupo econômico**, foi registrado valor de US\$1,5 bilhões. Ou seja, após as operações realizadas em 13/12/2005 e 16/03/2006 e que foram empreendidas exclusivamente entre empresas do próprio grupo Johnson & Johnson o valor total do custo dos investimentos na ETHICON e BELLA7, **antes registrado na JOHNSON CORPORATE por US\$ 24.549.865,00 passou a ser registrado na LATAM INVEST por US\$ 1.575.477.384,00, formando-se o ágio intragrupo gerado no exterior.**

Na sequência, foram extintas as empresas ETHICON E BELLA7, passando a JOHNSON CORPORATE a controlar a LATAM INVEST, e a LATAM INVEST a controlar a JJPRODUTOS e JJCOMERCIO, cenário consolidado em 30/06/2006.

**Passando para o Brasil**, a LATAM INVEST, em setembro de 2006, constituiu a JJADMINISTRAÇÃO, com as quotas que detinha na JJPRODUTOS E JJCOMERCIO, no qual foi contabilizado ágio. Ou seja: a JOHNSON CORPORATE era controladora da LATAM INVEST, e a LATAM INVEST controladora da JJADMINISTRAÇÃO, que era controladora direta da JJPRODUTOS e JJCOMERCIO, cujo registro das quotas deu-se com ágio.

Em seguida, a JJPRODUTOS incorporou a JJCOMERCIO e a JJADMINISTRAÇÃO, e passou a amortizar os ágios, por entender consumada a hipótese de incidência prevista na legislação tributária prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Em dezembro de 2007, consumou-se estrutura societária no qual a JOHNSON CORPORATE (exterior) é controladora direta da LATAM INVEST (exterior), que é controladora direta da JJPRODUTOS.

Estrutura praticamente similar àquela consolidada em 30/06/2006, quando JOHNSON CORPORATE (exterior) era controladora direta da LATAM INVEST (exterior), que por sua vez controlava diretamente a JJPRODUTOS e a JJCOMERCIO.

O que se observa é que tal interpretação não encontra amparo na legislação, em nenhuma das perspectivas trazidas pela matéria devolvida no recurso especial, (1) Ágio decorrente de operação entre partes relacionadas, e (2) Ágio - utilização de empresa veículo.

No caso concreto, não há dúvidas de que a circulação de recursos financeiros decorrente das operações societárias descritas ocorreu dentro das empresas do mesmo grupo econômico.

Avaliando-se a movimentação empreendida dentro do grupo econômico, o que se verifica é uma transferência de recursos entre controladora e controladas.

Não há que se falar em **aquisição de investimento**, vez que o investimento, seja JJPRODUTOS, ou JJCOMERCIO, em nenhum momento, deixou de pertencer à controladora do grupo econômico, a JOHNSON CORPORATE.

A aquisição de um ativo pressupõe a circulação de riqueza entre um alienante e um adquirente e, por óbvio, não há sentido dizer que se o alienante é controlador do adquirente, houve uma efetiva aquisição.

Se o alienante controla o adquirente, pode dizer que o preço do ativo X é de X+1. O adquirente, empresa controlada, efetua o “pagamento” por X+1.

Ora, o valor financeiro correspondente a X+1, que antes estava no caixa da adquirente, ingressa no caixa da alienante.

Para o grupo econômico, não há nenhuma mudança. O que houve foi mera transferência de recursos financeiros de uma empresa para outra.

Não é essa natureza de “aquisição” que é tratada pelo art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

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

Quando o legislador fala em aquisição, pressupõe que o adquirente e o alienante promovem uma circulação de riqueza no mercado. Pressupõe que o investimento alienado foi objeto de aquisição por sobrepreço porque as partes do negócio tinham a independência necessária para chegar a um acordo.

Será que caberia ao legislador dizer que, por aquisição de investimento, o alienante e o adquirente não poderiam ser controlados por uma mesma empresa? Ou que o alienante não poderia controlar o adquirente, ou vice versa? Improvável. Já é suficientemente claro positivar que o ágio é gerado a partir da aquisição por sobrepreço de um investimento. Não

faz sentido exigir que se diga que a aquisição deve ser entre um alienante e um adquirente que não tenham nenhum vínculo de controle.

São precisas as constatações do Termo de Verificação Fiscal, sobre a inexistência de imparcialidade na negociação empreendida dentro do grupo econômico.

139. (...) No entanto, para a discussão do presente item, é irrelevante se o alegado ágio despontou por força das aludidas operações societárias realizadas no exterior ou se surgiu apenas no Brasil quando da integralização de capital da JJ Administração realizada pela Latam Investment com as participações na JJ Produtos e na JJ Comércio. O que importa para a investigação a ser aqui realizada é que o suposto ágio decorreu apenas e tão somente de operações envolvendo sociedades de um mesmo grupo que estavam sujeitas a um mesmo controlador. É necessário ainda sobrelevar que tais sociedades (que estão identificadas dentre aquelas do Demonstrativo 1) possuíam capital detido exclusivamente por pessoas jurídicas do grupo econômico. Assim, sequer se pode cogitar a existência de sócios minoritários das pessoas jurídicas participantes das operações societárias de interesse que sejam "externos" ao grupo empresarial Johnson & Johnson, como já exposto na conclusão do parágrafo 53.

(...)

142. O surgimento de um ágio legitimamente adquirido em uma transação que tem por objeto uma participação societária pressupõe a ocorrência de uma negociação de livre iniciativa entre partes interessadas, independentes e detentoras de conhecimentos suficientes sobre o negócio em um mercado livre. Presume-se, pois, uma relação de comutatividade e de não preponderância entre as partes negociantes. Ainda que diversos fatores possam influenciar a formação do preço de venda de uma participação, inescapavelmente ele decorre de uma dinâmica de negociação que se esgota na fixação de um ponto de equilíbrio entre intenções opostas: se de um lado o vendedor da participação pretende obter o máximo valor do preço de venda (do qual o ágio é parte componente), de outro, o adquirente visa a minimizar seu dispêndio na aquisição. E exatamente em função dessa convergência de ânimos de partes independentes que negociam livremente, aliada ao fato de existir confiabilidade na determinação e mensuração de um preço pactuado entre partes desvinculadas que possuíam intenções a priori opostas, é que se justifica — no novo proprietário — uma nova base de avaliação para os ativos adquiridos. Isso porque o preço acordado entre um comprador e um vendedor independentes constitui a melhor expressão do valor econômico dos ativos no ato da transação. Por consequência, é seguramente mais confiável a avaliação de que um ágio pago por um terceiro independente e conhecedor do negócio realmente expresse a expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido, o que permite o reconhecimento desse ativo nas demonstrações do novo proprietário.

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

144. Em uma transação intragrupo que tenha por objeto uma participação societária, qualquer laudo e/ou relatório utilizado para fundamentar a avaliação do investimento

negociado — e conseqüentemente justificar o preço, nele incluído eventual ágio - será, evidentemente, avalizado por todos os envolvidos. Afinal, a vontade das partes é determinada pela vontade do controlador comum. Em nenhuma hipótese a avaliação do investimento apresentada por uma das partes seria contestada pela outra, porquanto inexistente negociação propriamente dita, assim entendida como processo pelo qual as partes se movem de suas posições iniciais divergentes até um ponto em que um acordo é selado. No caso analisado, os valores consubstanciados nos Relatórios de Avaliação Econômico-Financeira relativos à JJ Produtos c à JJ Comércio (Does. 11, 24 e 87) seriam indubitavelmente aprovados pelas partes nas já mencionadas operações societárias empreendidas no exterior em 13/12/2005 c 16/03/2006 e por aquelas envolvidas na constituição da JJ Administração, uma vez que todas, sem exceção, compunham o mesmo grupo econômico, estando sujeitas a um controle comum.

**145. As avaliações econômico-financeiras da JJ Produtos e da JJ Comércio - constantes nos relatórios já referidos - foram assentadas em informações subjetivas confiadas pelas próprias sociedades avaliadas à empresa responsável pelas mensurações.** Não houve qualquer validação pelo mercado de tais avaliações, como é de se esperar em uma transação envolvendo partes independentes. Ambos os relatórios apresentados confirmam a não ratificação pelo mercado dos valores justos então apurados, conforme observação da própria empresa avaliadora constante no item "Considerações Gerais" dos indigitados documentos, tal como dá por entender o trecho a seguir extraído do relatório correspondente à avaliação da JJ Produtos, in verbis:

*Não tivemos a oportunidade de expor as ações da Produtos, negócios ou ativos ao mercado, nem utilizamos em nosso trabalho dados de outras transações de empresas comparáveis ou seus múltiplos. Conseqüentemente, não pudemos concluir se existem ou não potenciais compradores que desejam pagar uma quantia pelo negócio que exceda nossa estimativa de valor justo de mercado encontrado.*

146. Em uma transação entre partes independentes, um ágio legitimamente adquirido gera ao comprador o direito ao fluxo de rentabilidade da participação societária negociada que antes não era detido seja por ele próprio, seja por suas controladas. Assim, em uma genuína transação, o comprador paga um preço por um novo direito a ser incorporado ao seu patrimônio. Visto por outro ângulo, o ágio representa uma antecipação paga por um fluxo futuro que antes não se possuía. Já em transações que dão origem ao ágio intragrupo não se verifica essa relação de substituição patrimonial, pois o controlador comum já era previamente detentor do fluxo de rentabilidade futura supostamente adquirido, que já era reconhecido em suas demonstrações por meio de equivalência patrimonial. Portanto, sob a ótica do fluxo de rentabilidade tampouco se justifica o reconhecimento do ágio intragrupo, uma vez que não faz qualquer sentido reconhecer uma antecipação se previamente à operação o comprador já era detentor do direito alegadamente adquirido. (*Grifei*)

O que se observa no caso concreto é a geração de uma despesa artificial. O sobrepreço pago ao investimento em nenhum momento deixou de integrar o caixa do grupo econômico. Foi efetuada uma reavaliação de investimento (passando de **24,5 milhões** de dólares americanos para **1,5 bilhões** de dólares americanos), **internamente**, houve uma transferência de fluxo financeiro **dentro do grupo econômico** para tentar conferir lastro a tal reavaliação, e, ao final, beneficiou-se a JOHNSON CORPORATE de uma despesa dedutível na base de cálculo do IRPJ e CSLL. Impossível atribuir imparcialidade (i) na mensuração do sobrepreço, (ii) em negociação no qual adquirente e alienante são empresas submetidas ao mesmo controle societário, e (iii) em laudo de avaliação elaborado sob a tutela de partes não independentes.

Resta evidente que a JOHNSON CORPORATE pretendeu gerar uma despesa dedutível para o grupo econômico, artificial e sem nenhuma contrapartida. É precisamente do que trata o tópico 6 do presente voto.

Deve-se negar provimento, portanto, às matérias (1) Ágio decorrente de operação entre partes relacionadas, e (2) Ágio - utilização de empresa veículo, vez que, as operações societárias que formaram o ágio deram-se entre empresas do mesmo grupo econômico, com reavaliação de ativo empreendida entre partes não independentes, com formação de sobrepreço fictício e circulação de riqueza entre sociedades relacionadas, e utilização de empresas de passagem, denominadas empresas veículo, para o ágio ser repassado de uma pessoa jurídica para outra de acordo com as conveniências do controlador.

Ademais, vale registrar que a operação em análise tampouco encontra amparo ao se constatar a hipótese de incidência sob os aspectos pessoal e material, conforme item 7 do presente voto.

Quanto ao aspecto **pessoal**, constata-se que a utilização da JJADMINISTRAÇÃO, empresa intermediária e criada especificamente para "carregar" o ágio, impediu que o evento de incorporação tivessem como participantes a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

A "valorização" dos investimentos JJPRODUTOS e JJCOMERCIO, intragrupo, deu-se artificialmente, com laudo de avaliação elaborado no contexto de transação ocorrida entre empresas relacionadas, com a sua integralização para o capital da JJADMINISTRAÇÃO, que passou a controlar os investimentos.

Os eventos posteriores, no qual a JJPRODUTOS incorpora JJCOMERCIO, e depois incorpora a JJADMINISTRAÇÃO, não conferem à JJADMINISTRAÇÃO a condição de pessoa jurídica **investidora**. **A JJADMINISTRAÇÃO foi meramente receptora dos investimentos com sobrepreço**. Ainda que se falasse em um sobrepreço nos investimentos JJPRODUTOS e JJCOMERCIO na integralização das quotas, a pessoa jurídica detentora de tais investimentos era a LATAM INVEST, que por sua vez era controladora da JOHNSON CORPORATE.

Da mesma maneira, não há que se falar na concretização do aspecto material, vez que os patrimônios que se comunicaram foram os dos investimentos JJPRODUTOS e JJCOMERCIO, e o da empresa intermediária JJADMINISTRAÇÃO.

**A empresa "veículo", ou empresa "intermediária", JJADMINISTRAÇÃO, criada no âmbito do mesmo grupo empresarial, entre partes relacionadas, com o intuito específico de carregar o ágio, não logra êxito em construir a hipótese de incidência da norma tributária.**

A tentativa foi de se empreender **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 voto). Resta evidente o deliberado intuito de **fabricar uma despesa** com repercussão na base tributável.

Enfim, vale o registro de que se mostra inaplicável qualquer apreciação sob a ótica de regras de DDL e Preços de Transferência e de Interdependência para fins de IPI ventilados no recurso especial. Como visto no presente voto, a legislação tratada pelo caso concreto repousa incidência na dedutibilidade de despesas (regra geral) e amortização de ágio (regra específica, trazida à discussão pela Contribuinte como permissivo para o aproveitamento da despesa), no âmbito da apuração do lucro real. Ademais, ainda que se pudesse admitir uma discussão sob outra perspectiva, caberia ser trazida como uma divergência na interpretação da legislação tributária nos termos do art. 67, Anexo II do RICARF.

Tampouco encontra amparo qualquer argumentação no sentido de que a proibição do ágio gerado entre partes relacionadas só teria sido positivada a partir das alterações da Lei nº 12.973, de 2014. Isso porque, não obstante as alterações promovidas pela Lei nº 12.973, de 2014, em nenhum momento se modificou o núcleo dos aspectos pessoal e material do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

A Lei nº 12.973, de 2014, trouxe novas exigências em relação ao aproveitamento da despesa de ágio, não tendo nenhum caráter interpretativo. Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, não foram alterados em nenhum ponto pela Lei nº 12.973, de 2014, que se adiciona aos preceitos da lei anterior. A lei nova estabeleceu restrições de ordem pessoal em relação às empresas investidora e investimento, que não podem mais ser do mesmo grupo empresarial, devendo ser não dependentes, e de ordem formal, ao dispor sobre requisitos expressos para o laudo de avaliação que fundamenta o sobrepreço<sup>10</sup>. Promoveu também a convergência entre o ágio fiscal e o goodwill contábil. O ágio previsto pelo artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, passou a ser determinado pela diferença entre o custo de aquisição do investimento e a somatória entre o valor de patrimônio líquido na época da aquisição e a mais ou menos-valia correspondente à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida. A questão é que a redação inalterada dos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, em nenhum momento permitia que ágio gerado internamente pudesse resultar em despesa dedutível, e a nova a Lei só veio criar instrumentos mais precisos para o controle de violações aos dispositivos mencionados e, também, adaptou a sistemática às novas normas contábeis - nada mais que isso<sup>11</sup>.

Nesse sentido, deve ser negado provimento ao recurso especial da Contribuinte.

Passo ao exame do mérito do recurso especial da PGFN.

Foi devolvida a qualificação da multa de ofício (150%) em face das operações societárias discutidas.

Diante dos fatos já narrados, não restam dúvidas sobre a artificialidade da formação do ágio.

Ainda, a JJADMINISTRAÇÃO representa 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.

A fratura é exposta.

A interpretação de que as operações “teriam sido” legais, transparentes, e por isso não poderiam ser opostas ao Fisco, reflete uma visão ultrapassada do ordenamento jurídico como um todo.

---

<sup>10</sup> Antes da Lei nº 12.973, de 2014, a exigência para comprovar o ágio era apenas uma "demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração". O novo diploma legal exige "laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação".

<sup>11</sup> Artigo ESTABILIDADE JURÍDICA EM RISCO: JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO CARF SOBRE O TEMA DO ÁGIO NAS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL. MOURA, A. M. ; VALADAO, M. A. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA , v. Ano 4 (2018), p. 1329-1371, 2018.

Ora, não é porque a operação foi legal no âmbito civil, empresarial, que se reveste de uma blindagem que a torna insuscetível de análise por outros ramos do direito. Se passa a ser apreciada sob a perspectiva tributária, para ser legal, também deve atender às normas fiscais.

E colocar princípios como a livre liberdade negocial no topo da pirâmide dos princípios constitucionais tampouco socorre a operação em análise. A Lei Maior tem vários princípios, que devem ser ponderados. De fato a liberdade negocial é princípio a ser respeitado, mas deve caminhar ao lado de outros princípios da Lei Maior, que zelam pela existência e manutenção do Estado. O princípio de legalidade não implica que, se o negócio foi celebrado em consonância com a lei civil e empresarial, encontrar-se-ia blindado dos outros ramos normativos. Pelo contrário, o princípio da legalidade abrange o ordenamento jurídico em sua integralidade. Para ser legal, o negócio jurídico tem que ser legal sob a ótica de todos os ramos do direito.

Nessa perspectiva, **a legislação tributária** é clara ao contestar a ocorrência de negócios eivados de dolo, fraude ou simulação. É dispositivo positivado no art. 149, inciso VII do CTN<sup>12</sup>.

Da mesma maneira, é expressa na legislação que negócios envolvendo ocorrência de dolo ensejam qualificação da multa de ofício<sup>13</sup>, na forma da sonegação, fraude ou conluio<sup>14</sup>.

Apreciando-se o caso concreto, impossível não se deparar com o *plus* na conduta. Não se trata de mero descumprimento da norma. Verifica-se a presença dos elementos cognitivo e volitivo<sup>15</sup>, consumando-se o dolo.

---

<sup>12</sup> Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

<sup>13</sup> Vide Lei nº 9.430, de 1996:

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

(...)

§ 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)

<sup>14</sup> Vide Lei nº 4.502, de 1964:

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

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

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

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

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

<sup>15</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, volume 1, 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 269:

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. (...) 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.

A artificialidade na formação do ágio é evidente. Partes interessadas do mesmo grupo econômico, com interposição de empresas intermediárias (empresas de “papel” de caráter instrumental) dissolvidas em breve lapso temporal (ETHICON e, BELLA 7 no exterior e JJADMINISTRAÇÃO no Brasil), partes deliberando sobre avaliação de ativo a ser transferido de uma empresa para outra, todas submetidas ao mesmo controle acionário. O investimento foi reavaliado de 24,5 milhões de dólares americanos para 1,5 bilhões de dólares americanos gerando um sobrepreço criado internamente, desprovido de imparcialidade, vez que mensurado entre partes não independentes. Vale transcrever novamente a emblemática constatação da autoridade autuante:

**145. As avaliações econômico-financeiras da JJ Produtos e da JJ Comércio - constantes nos relatórios já referidos - foram assentadas em informações subjetivas confiadas pelas próprias sociedades avaliadas à empresa responsável pelas mensurações.** Não houve qualquer validação pelo mercado de tais avaliações, como é de se esperar em uma transação envolvendo partes independentes. Ambos os relatórios apresentados confirmam a não ratificação pelo mercado dos valores justos então apurados, conforme observação da própria empresa avaliadora constante no item "Considerações Gerais" dos indigitados documentos, tal como dá por entender o trecho a seguir extraído do relatório correspondente à avaliação da JJ Produtos, in verbis:

***Não tivemos a oportunidade de expor as ações de Produtos, negócios ou ativos ao mercado, nem utilizamos em nosso trabalho dados de outras transações de empresas comparáveis ou seus múltiplos. Conseqüentemente, não pudemos concluir se existem ou não potenciais compradores que desejam pagar uma quantia pelo negócio que exceda nossa estimativa de valor justo de mercado encontrado.*** (Grifei)

Ora, o *plus* na conduta é evidente, 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 BITENCOURT:

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, BITENCOURT<sup>16</sup> 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 ensinamentos<sup>17</sup>:

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.

Não há reparos a fazer, portanto, no entendimento da Fiscalização:

---

<sup>16</sup> BITENCOURT, 2007, p. 269.

<sup>17</sup> BITENCOURT, 2007, p. 269.

253. O sujeito passivo deliberadamente se utilizou da dedução de encargos de amortização de ágio gerado intragrupo para reduzir ilicitamente suas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. É certo, ainda, que foram compactuadas operações entre pessoas jurídicas do mesmo grupo, tendo por objetivo único reduzir as bases tributáveis do IRPJ e da CSLL da JJ Produtos.

254. Para tanto, o grupo verdadeiramente modificou a base de avaliação de seus investimentos na JJ Produtos e na JJ Comércio (de US\$ 24.549.865,00 para US\$ 1.575.477.384,00) por meio de operações manipuladas exclusivamente entre sociedades do próprio grupo Johnson & Johnson. É despiciendo aqui repetir todas as considerações acerca da artificialidade da geração do ágio intragrupo antes apresentadas no item 4.2.1. Importa destacar, contudo, que ele desponta de operações societárias movidas por uma única vontade, qual seja, a do controlador. No caso em questão, salta aos olhos o propósito que motivou a geração do ágio intragrupo: a vultosa (e ilícita) redução tributária da lucrativa sociedade JJ Produtos.

255. Antes de proceder às operações no exterior que culminaram com a mudança da base de avaliação dos investimentos nas sociedades brasileiras, o grupo econômico interpôs duas sociedades estrangeiras (Ethicon e Bella 7) na estrutura de controle direto da JJ Produtos e da JJ Comércio, de forma a se esquivar de um conjecturado ganho de capital decorrente das operações intragrupo que deram origem ao suposto ágio, como já explanado com minúcias em itens anteriores. Por meio dessa interposição de sociedades, buscou-se suprimir o elemento de conexão com o Brasil, de forma a afastar do âmbito da incidência tributária nacional o ganho de capital supostamente auferido pelo "vendedor" estrangeiro. Mas logo em seguida, uma vez realizada a mudança da base de avaliação dos investimentos e dolosamente arquitetado o afastamento da incidência dos tributos nacionais decorrentes do ganho de capital pretensamente auferido por sociedade do grupo residente no exterior, as sociedades estrangeiras interpostas foram estratégica e convenientemente dissolvidas, de maneira que a JJ Produtos e a JJ Comércio passassem a ser controladas diretamente pela Latam Investment.

256. O objetivo estritamente tributário dessas operações fica ainda mais evidente ao se levar em conta que a interposição da Bella 7 e da Ethicon durou aproximadamente seis meses, tempo necessário apenas para afastar a tributação no Brasil do ganho de capital auferido em função das transações que materialmente envolveram as participações em sociedades brasileiras. Alcançado tal intento, as sociedades estrangeiras foram simplesmente dissolvidas e seus custos de aquisição - já "inflados" pelo ágio intragrupo — foram "herdados" por suas controladas diretas JJ Produtos e JJ Comércio. Em resumo, portanto, a **efêmera** interposição societária visou a impedir a tributação do ganho de capital.

257. Os papéis meramente instrumentais desempenhados pela Ethicon e pela Bella 7 se tornam ainda mais flagrantes ao se examinar uma resposta apresentada pelo fiscalizado no curso do procedimento. Por meio do Termo de intimação datado de 30/08/2012 (Doe. 110), o sujeito passivo foi instado a esclarecer se em função da alteração do custo registrado relativo às participações nas sociedades brasileiras JJ Comércio e JJ Produtos (de US\$ 24.549.865,00 para US\$ 1.575.477.384,00) houve algum recolhimento a título de TRPJ sobre ganhos de capital. Na resposta datada de 10/09/2012 (Doe. 112), o fiscalizado assim informou:

A Fiscalizada esclarece que nenhum dos sócios alterou o custo registrado relativo às participações societárias nas sociedades brasileiras Johnson & Johnson Comércio e Distribuição Ltda. e Johnson & Johnson Produtos Profissionais Ltda.

Com efeito, a Latam Investment Company registrou as sociedades Bella 7, LLC e Ethicon Endo-Surgery, LLC, pelo valor total de US\$ 1.575.477.384,00, valor este efetivamente pago por elas. Quando da extinção destas sociedades, a Latam Investment Company passou a deter as sociedades brasileiras, mantendo o custo histórico de aquisição das sociedades extintas.

Ou seja, o que ocorreu foi a atribuição, às sociedades brasileiras, do valor de custo histórico de aquisição das sociedades Bella 7, LLC e Ethicon Endo-Surgery, LLC, não tendo havido geração de riqueza nova.

Por outro lado, as sociedades Bella 7, LLC e Ethicon Endo-Surgery, LLC, foram liquidadas pelos valores dos custos históricos de aquisição, no montante de US\$ 24.549.865,00, não havendo, também em relação a estas sociedades, a geração de riqueza nova.

Cabe, nesse contexto, ser reformada a decisão recorrida, para se restabelecer a qualificação da multa de ofício (150%).

Enfim, protesta a Contribuinte pela aplicação da decisão proferida por esta turma da CSRF, sob outra composição, no Acórdão nº 9101-003.365<sup>18</sup>, quando, apreciando a mesma autuação fiscal, para fatos geradores posteriores, decidiu manter a exação fiscal principal e afastar a multa qualificada. E, tendo tal decisão transitado em julgado, pugna pela aplicação do art. 76, inc. II, alínea “a” da Lei nº 4.502, de 1964, que vedaria a aplicação de quaisquer penalidades diante do precedente consolidado.

Ocorre que o presente Colegiado não se encontra vinculado à decisão anterior.

Dispõe o art. 76, inc. II, alínea “a” da Lei nº 4.502, de 30/11/1964:

Art. 76. Não serão aplicadas penalidades:

(...)

II - enquanto prevalecer o entendimento - aos que tiverem agido ou pago o imposto:

a) de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado;

Ocorre que a norma disposta no artigo foi revogada tacitamente pelo CTN, de 25/10/1966:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

---

<sup>18</sup> Resultado do julgamento:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por voto de qualidade em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional pelo paradigma 101-96.724, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram do recurso. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Rafael Vidal de Araújo e Adriana Gomes Rêgo, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor, em relação ao conhecimento do recurso fazendário e ao mérito do recurso do contribuinte, o conselheiro André Mendes de Moura.

(...)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo.

II - **as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;**

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. **A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades**, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo. *(Grifei)*

Como se pode observar, a exclusão de *imposição de penalidades* aplica-se apenas às *decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa*, o que não é o caso. Não há nenhuma lei atribuindo eficácia normativa ao Acórdão nº 9101-003.365.

Afasto, portanto, arguição suscitada pela Contribuinte.

Assim sendo, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da PGFN.

### **Conclusão**

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

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura