



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

Processo n° 16561.720172/2012-20
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9101-003.365 – 1ª Turma
Sessão de 18 de janeiro de 2018
Matéria ÁGIO INTERNO. EMPRESA VEÍCULO.
Recorrentes JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS PARA SAUDE LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010

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, incorporação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

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

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

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

MULTA QUALIFICADA. ADMISSIBILIDADE.

O art. 67, Anexo II do RICARF determina que o recurso deve demonstrar interpretação divergência da legislação tributária dada por outra decisão paradigma. A operação de interpretação passa tanto pela "qualificação" do fato, quanto pela consequente identificação da norma jurídica aplicável do fato interpretado. Situação no qual a utilização de empresas "intermediárias", rotuladas "empresas veículos", encontra-se presente tanto nos presentes autos quanto no paradigma, e cuja diferença reside precisamente na "qualificação" atribuída ao fato em cada uma das decisões, tendo como consequência enquadramentos diferentes na norma, caracteriza a divergência regimental, fazendo com que a matéria deva ser conhecida.

MULTA QUALIFICADA.

A acusação de artificialismo de uma operação baseada na ausência de seu propósito negocial revelada pela geração de ágio interno e com uso de empresa veículo, sem a demonstração cabal de invalidades efetivas e do intuito de fraudar, sonegar ou atuar em conluio do sujeito passivo, com a devida subsunção aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4502/64 não autoriza a qualificação da multa de ofício, independentemente do posicionamento que se tenha quanto à dedutibilidade do ágio na questão.

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 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.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura – Redator Designado

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

Relatório

Tratam-se de **autos de infração** (E-fls. 5927 ss.) lavrados para a exigência de IRPJ e CSLL relativos aos anos calendário de 2009 e 2010, acrescidos de multa qualificada de 150%, em razão da glosa de valores amortizados como ágio, sob a justificativa de que haveria sido gerado em operação intragrupo e, ainda que assim não fosse, não teria cumprido condição essencial para a sua dedutibilidade fiscal, correspondente à confusão patrimonial, como resumido pela parte transcrita do **Termo de Verificação Fiscal** (E-fls. 5946 ss.), ao qual se remete para uma leitura completa:

“(…)

3. Breve síntese das operações societárias de interesse e da infração fiscal apontada

11. O presente Termo de Verificação Fiscal tem por objeto principal a glosa de encargos de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura e, conseqüentemente, a reconstituição das bases de cálculo do IRPJ e da

CSLL da JJ Produtos.

12. Foram duas as razões jurídicas, cada qual caracterizada como fundamento suficiente, para a autuação. A primeira diz respeito à origem do ágio, que o qualifica como intragrupo; a segunda se refere ao não cumprimento de condição essencial para a dedutibilidade fiscal de sua amortização, nos termos da legislação tributária de regência.

13. A natureza intragrupo do ágio, cuja amortização foi glosada, foi plenamente caracterizada. Demonstra-se que todas as operações que lhe deram origem foram realizadas entre sociedades (nacionais e estrangeiras) pertencentes ao grupo Johnson & Johnson, sob controle comum, direto ou indireto, de uma mesma sociedade - a Johnson Corporate - e que as sociedades envolvidas não possuíam sequer em seus quadros sócios minoritários externos ao citado grupo.

14. São apresentados dois "blocos" de operações realizadas entre 2005 e 2007: um exclusivamente entre sociedades estrangeiras, outro com a participação também de sociedades nacionais, dentre as quais o fiscalizado. A finalidade de tais operações foi majorar ilicitamente os custos de aquisição dos investimentos em duas sociedades nacionais do grupo — a JJ Comercio e a JJ Produtos — para possibilitar a posterior amortização dos respectivos ágios com efeitos redutores da tributação nacional sobre o lucro.

15. O primeiro bloco de operações, do qual resultou uma artificial majoração dos custos de aquisição registrados, foi realizado no exterior para evadir da tributação nacional o ganho de capital decorrente dessa alteração da base de avaliação de investimentos. Já mediante o segundo bloco, o grupo Johnson & Johnson "transferiu" para o Brasil tais custos de aquisição majorados a fim de aproveitar ilicitamente a amortização fiscal dos ágios decorrentes.

16. No item 4.1.1 do presente termo, foram descritas todas as operações societárias que compõem o referido panorama fático.

17. Quanto ao primeiro bloco de operações, até 2005 a Johnson Corporate possuía 57% de participação no capital da JJ Produtos e praticamente 100% de participação no capital da JJ Comércio, a qual possuía os 43% restantes do capital da JJ Produtos, conforme representação abaixo:

(...)

18. Ao final desse ano (2005), foram realizadas duas operações societárias, por meio das quais a Johnson Corporate integralizou capital na Kthicon e na Bella 7 com as participações, respectivamente, da JJ Produtos e da JJ Comércio. As referidas sociedades passaram a compor o seguinte organograma:

(...)

19. As participações na JJ Produtos e na JJ Comercio estavam registradas na Johnson Corporate pelo custo histórico — e assim permaneceram na Kthicon e na Bella 7 - por um valor total de US\$ 24.549.865,00.

20. Num conjunto imediatamente posterior de operações ainda desse primeiro bloco, iniciadas menos de um mês após os fatos antes descritos e ocorridas em um período de apenas três meses (entre 13/12/2005 e 16/03/2006), as participações que a Johnson Corporate detinha na Bella 7 e na Kthicon passaram a pertencer à Latam Investment e a ser registradas por um valor total de US\$ 1.575.477.384,00, montante este lastreado nas supostas rentabilidades futuras das sociedades nacionais JJ Comércio e JJ Produtos.

21. Decorridos pouco mais de outros três meses, a Bella 7 e a Kthicon foram dissolvidas e liquidadas no final de junho de 2006 e, por conseguinte, as sociedades nacionais (JJ Comércio e JJ Produtos) passaram ao controle direto da Latam Investment.

22. Mediante esse primeiro bloco de operações realizadas exclusivamente entre

sociedades do grupo, tendo sido duas destas (Bella 7 e Kthicon) empregadas como empresas-veículo (empresas "de passagem"), o conglomerado Johnson & Johnson aumentou os registros dos custos de aquisição das participações nas sociedades nacionais (JJ Comércio e JJ Produtos), mas até então ainda sem reflexos diretos no Brasil.

23. O segundo bloco de operações foi promovido com o fito de transferir os custos de aquisição artificialmente majorados para sociedades nacionais e aqui amortizar fiscalmente seus respectivos ágios.

24. Em setembro de 2006, após três meses do encerramento do primeiro bloco de operações, a Lalam Investment utilizou as duas participações (JJ Comercio e JJ Produtos) para integralizar capital na JJ Administração no ato da sua constituição. Como resultado, passou a deter quase 100% do capital da nova sociedade (a JJ Industrial era a outra sócia na criação da JJ Administração, mas possuía apenas uma fração simbólica do capital), que passou a controlar diretamente as sociedades JJ Comércio e JJ Produtos.

25. Abaixo, segue a representação esquemática dessas operações:

(...)

26. Ao final dessa etapa, a JJ Administração passou a deter as participações na JJ Produtos e na JJ Comercio, supostamente registradas a valores de mercado, cujos custos de aquisição foram desdobrados em valores patrimoniais e ágios.

27. Por derradeiro, o segundo bloco e o conjunto global de operações, que se iniciaram no exterior com o objetivo de burlar a legislação nacional, foi encerrado com a incorporação da JJ Administração e da JJ Comércio pela JJ Produtos, a qual passou a amortizar os respectivos ágios, conforme a seguir esquematicamente apresentado:

(...)

28. No item 4.1.2, foram quantificados os valores indevidamente amortizados em cada um dos anos-calendário a que se refere a presente fiscalização.

29. No item 4.2, foram apresentadas pormenorizadamente as razões jurídicas para a glosa dos encargos de amortização dos ágios decorrentes das operações anteriormente descritas. No subitem 4.2.1, discorre-se sobre a indedutibilidade da amortização do ágio intragrupo com o respaldo inclusive da jurisprudência do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais).

30. Já no 4.2.2, apresenta-se mais uma razão jurídica suficiente em si para a glosa: a ausência de "confusão patrimonial". É que, nesse caso, ainda que o ágio não tivesse se caracterizado como intragrupo, a sua amortização não poderia reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL à luz da legislação vigente. Por outras palavras, mesmo que o ágio tivesse origem em operações realizadas entre partes independentes, sua amortização não seria dedutível, pois a legislação tributária só autoriza tal dedução em uma situação especial: quando houver confusão patrimonial entre a sociedade investida e a investidora originais, o que não ocorreu na presente situação, (caso não ocorra a confusão patrimonial, o aproveitamento fiscal do ágio lastreado em rentabilidade futura só se dá quando da alienação do investimento, porquanto neste momento o ágio pago – ainda que contabilmente amortizado - comporá o custo do investimento para fim de apuração do ganho de capital.

31. No item 5, apresentam-se as razões para a qualificação da multa no patamar de 150%.

32. No item 6, discorre-se acerca da retificação da DIPJ relativa ao ano-calendário de 2010 realizada pelo fiscalizado no curso deste procedimento fiscal e de suas repercussões no presente lançamento de ofício.

(...)” (grifou-se)

Insurgindo-se, a contribuinte apresentou **impugnação** (E-fls. 6070 ss.) deduzindo em sua defesa as razões resumidas pelo relatório da decisão da DRJ, que se lê:

“OS FATOS

Breve histórico sobre o grupo Johnson & Johnson e início do Projeto “Business Integration”

6.1. Abaixo reproduzo parte do apresentado pela Impugnante com respeito ao projeto “Business Integration”:

A partir do ano calendário de 2005, visando otimizar sua estrutura operacional, administrativa e gerencial, o grupo Johnson & Johnson passou a discutir possíveis alternativas para a reorganização de suas atividades, incluindo, dentre outros pontos, a centralização de centros de custo e de tesourarias sob a empresa irlandesa Johnson & Johnson International Financial Services Company (“IFSC”); e a criação de centros de prestação de serviços compartilhados (“CSCs”) na América Latina.

Como será comentado adiante, a IFSC era uma sociedade holding que desempenhava serviços administrativos de natureza financeira para todo o grupo Johnson & Johnson, centralizando pagamentos (administração de caixa) e concentrando as atividades de tesouraria em geral, facilitando os fluxos financeiros entre as diversas empresas do grupo. A IFSC, antes da implementação do Projeto “Business Integration”, já administrava recursos financeiros de subsidiárias do grupo Johnson & Johnson localizadas na Europa, como ocorria, por exemplo, na Itália, na Polônia, na Hungria, na Eslováquia e na República Tcheca.

Já a criação dos CSCs visava concentrar, sob uma entidade centralizadora, atividades administrativas do grupo Johnson & Johnson que, até então, vinham sendo desenvolvidas pelas subsidiárias latino americanas de forma descentralizada, gerando custos desnecessários e criando ineficiências administrativas para o grupo.

Assim, o presente caso deve ser analisado no contexto acima, qual seja, o de um processo de reorganização internacional das atividades do grupo Johnson & Johnson. De fato, o chamado Projeto “Business Integration” não envolveu apenas sociedades brasileiras, como equivocadamente assumiu a D. Fiscalização, tendo sido também implementado na Argentina, no Uruguai, no Chile, no Paraguai, na Venezuela, na Colômbia, no Equador, no Peru, no Caribe e no México, conforme o cronograma abaixo (.....).

(.....)

A partir dessas informações, pode-se desde já concluir que a premissa adotada pela D. Fiscalização no presente caso é descabida, na medida em que, se a intenção do grupo Johnson & Johnson fosse apenas a de suprimir tributos no Brasil, como pretende fazer crer a D. Fiscalização, seria ilógico supor que o grupo Johnson & Johnson estruturaria um projeto de nível mundial, envolvendo tantas jurisdições e empresas distintas, ao longo de mais de dois anos.

Outra questão que deve ser destacada e que deve orientar a análise dos fatos que passarão a ser descritos a seguir é que, sendo a JJ US uma companhia aberta com ações negociadas em Bolsa de Valores e sujeita a avaliações, tanto por parte de agências classificadoras de riscos, quando pela própria comissão de valores mobiliários norteamericana (Securities and Exchange Commission “SEC”), as operações efetuadas entre empresas do grupo Johnson & Johnson deveriam ser realizadas em condições de mercado, como se efetuadas entre

partes independentes.

(.....)

Com a transferência da participação detida pela JJ US nas sociedades brasileiras para a holding Latam Investment foi concluída a primeira etapa do Projeto "Business Integration". Passou-se à etapa seguinte da reestruturação.

À época (setembro de 2006) o grupo não sabia ainda ao certo se a forma mais eficiente do ponto de vista organizacional era o da segregação de suas principais linhas de produção (farmacêutica, produtos médico-hospitalares e consumo), ou integrar as diversas etapas dos processos produtivos de cada dessas sociedades.

Para o exame dessas questões, com cautela absoluta com o sigilo das informações, o grupo JJ criou a JJ Administração, para a qual foram transferidos os principais Diretores de cada uma das sociedades: JJ Comércio; JJ Produtos; JJ Industrial e Janssen BR.

A JJ Administração possuía real substância, empregados, receitas, despesas e operações próprias e teve duração superior a um ano, de modo que as alegações da fiscalização de que essa sociedade seria um mero veículo para internalizar ágio não encontram respaldo fático. Para comprovar tais fatos são apresentados documentos.

O início da etapa brasileira do Projeto ocorreu com a contribuição das quotas detidas pela Latam Investment na JJ Comércio e na JJ Produtos em aumento do capital da JJ Administração pelos exatos valores que a Latam Investment tinha praticado na sua aquisição, ou seja, a valor justo de mercado (arm's length).

A JJ Administração adquiriu quotas da JJ Comércio e da JJ Produtos a valores justos de mercado, pagando essa aquisição por meio da entrega de quotas de capital social de sua emissão.

A própria legislação fiscal reconhece que a contribuição de participação societária em aumento de capital social de uma sociedade constitui, para essa sociedade que recebe o investimento, uma verdadeira forma de aquisição.

A JJ Administração ficou obrigada pela legislação em vigor a registrar o investimento (controladas) pela método da equivalência patrimonial, desdobrando o seu custo em: valor do patrimônio líquido e ágio.

São também descabidas as alegações da fiscalização de que, pelo fato de a operação em questão ter se dado entre empresas ligadas ao grupo Johnson, os laudos de avaliação preparados pela empresa independente Ernst & Young não poderiam ser aceitos, já que não teriam sido "testados pelo mercado".

As discussões, por mais de um ano, das possíveis alternativas para otimizar os processos produtivos e da estrutura administrativa das principais sociedades do grupo JJ no Brasil produziram longos e detalhados estudos que a Impugnante pede vênias para colacionar ao presente processo.

A esse respeito, cabe notar que a Impugnante chegou a detalhar todas essas deliberações da JJ Administração para a fiscalização ao longo do procedimento de fiscalização, mas que, para a surpresa da Impugnante, não levou em consideração essas informações na análise do presente caso.

Em 31/10/2007, após mais de um ano avaliando as possíveis alternativas para maximização de eficiências administrativas no Brasil, o grupo Johnson & Johnson deliberou uma série de providências quanto à integração total ou parcial dos diversos processos internos dessas sociedades (.....).

Com isso, foi realizada uma série de mudanças no grupo JJ, dentre as quais se destacam as seguintes: (i) JJ produtos passou a chamar JJ do Brasil Ind. e Com. de Produtos para a Saúde Ltda., ora Requerente; (ii) cisão parcial da Janssen BR. A parcela farmacêutica foi mantida, ao passo que a linha de comércio e

distribuição foi incorporada pela JJ Prudutos (Requerente); (iii) incorporação da JJ Comércio pela JJ Produtos (Requerente) para concentrar todas as atividades de comércio e distribuição do grupo JJ e (iv) com a segregação das linhas de produção do grupo e a conclusão da integração de seus processos administrativos internos, a JJ Administração, cuja denominação passara a ser JJBR Latam Administração de Investimentos e Participações Ltda. (JJBR Latam) foi incorporada pela JJ Produtos (Requerente).

Note-se que o Projeto "Business Integration" trouxe mudanças tão marcantes para as operações do grupo Johnson & Johnson no Brasil, que chegou a ser destaque de duas matérias jornalísticas publicadas no jornal "Valor Econômico", de 4/4/2007 (docs. n.º 51 e 52), das quais a Requerente pede vênua para destacar os seguintes trechos: (.....).

(.....)

Como se pode notar, não houve atos artificiais ou que visassem burlar a legislação fiscal brasileira nas operações acima, como equivocadamente supôs a D. Fiscalização em seu Termo de Verificação. Cada uma das operações acima está suportada em documentação hábil e idônea, devidamente registrada nos órgãos oficiais conforme a regulamentação em vigor. A esse respeito, é importante enfatizar especialmente que essas operações foram motivadas por razões empresariais não tributárias, que são precedentes e independentes de qualquer efeito fiscal.

(.....)

O DIREITO

6.2. A Impugnante faz um resumo das operações realizadas e as razões, que inclusive já foram apresentadas acima, para contestar, no entender dela, a equivocada premissa adotada pela fiscalização de que o grupo JJ teria implementado uma "manobra", sem qualquer propósito negocial e com o exclusivo fim de "internalizar" um ágio "artificialmente" pago no exterior, e, assim, obter um benefício fiscal indevido no País.

6.3. Com base nos pontos apresentados, resta claro que não houve atos ilegítimos ou artificiais por parte da Impugnante nas operações em exame, mas apenas a implementação de operações motivadas por razões empresariais e não tributárias.

6.4. No entanto a fiscalização alega duas razões principais para proceder à glosa das despesas de ágio amortizadas, quais sejam: (i) o ágio registrado pela JJ Administração teria resultado da mera "internalização" de outro ágio que teria supostamente sido ocorrido pela sociedade Latam Investment no exterior, de forma que, não tendo havido a "confusão patrimonial" entre a Latam Investment e a Impugnante, o requisito legal de absorção de patrimônio exigido pela legislação nacional para a amortização de ágio não teria sido cumprido; e (ii) o ágio em questão supostamente não poderia ser amortizado em razão de ser caracterizar como um "ágio intragrupo", o que no entender da fiscalização levaria à falta de confiabilidade.

A não "Internalização" do ágio registrado pela JJ Administração

6.5. O primeiro ponto a ser aqui demonstrado é que o ágio registrado pela JJ Administração não foi "internalizado", mas sim, decorreu da aplicação obrigatória do método da equivalência patrimonial por essa sociedade quando do recebimento da JJ Comércio e da JJ Produtos em aumento de seu capital social.

6.6. Somente se pode falar em "ágio" para fins do artigo 385 do RIR/99 quando se esteja diante da situação em que uma determinada sociedade, obrigada a avaliar investimento em controlada ou coligada pelo método de equivalência

patrimonial, desdobra seu custo de aquisição nessa participação societária em valores de patrimônio líquido e ágio ou deságio.

6.7. Assim, o fato de a Latam Investment ter efetuado o pagamento do valor justo de mercado das sociedades brasileiras, posteriormente contribuídas na JJ Administração, não fez com que ela tivesse de registrar um "ágio" para fins do artigo 385 do RIR/99, mas apenas um "custo de aquisição", já que esse dispositivo legal não poderia obrigar essa sociedade no exterior. De fato, o conceito de ágio (ou deságio) conforme a legislação brasileira decorre da aplicação obrigatória do método de avaliação dos investimentos pela equivalência patrimonial às empresas Brasileiras.

Contribuição é forma de aquisição

6.8. E nem se diga que o fato de a JJ Administração ter recebido esses investimentos em aumento de capital não poderiam ser equiparados a uma "aquisição" desses investimentos, para fins do artigo 385 do RIR/99.

6.9. Como visto, o artigo 7o da Lei 9.532/97, que serve de base legal do artigo 385 do RIR/99, estabelece que: "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 20 do DL 1.598/77, poderá amortizar o ágio nas condições estabelecidas nos parágrafos seguintes".

6.10. Do ponto de vista da JJ Administração, o recebimento das quotas da JJ Comércio e da JJ Produtos como contribuição em aumento de seu capital social funcionou como verdadeira "aquisição", para quaisquer fins de direito, inclusive do artigo 7º da Lei 9.532/97.

6.11. A aquisição de um bem ou direito pode se dar de várias formas, entre elas, compra e venda, permuta, recebimento de doação, de contribuição em aumento de capital, de dação em pagamento etc.

6.12. A esse respeito, é importante esclarecer que a conferência de bens em integralização de capital é ato de alienação/aquisição, conforme o artigo 3º § 3o da Lei nº 7.713/88, que determina a tributação dessa renda pelo Imposto sobre a Renda da Pessoa Física.

6.13. Desse modo, constata-se que o termo alienação corresponde a todo e qualquer ato que implique a transferência da propriedade de um determinado bem para outra pessoa. Nesse mesmo sentido já se pronunciou a própria RECEITA FEDERAL DO BRASIL (SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 288/2006).

6.14. Fica aclaro que a JJ Administração efetivamente adquiriu a JJ Comércio e a JJ Produtos para os fins do artigo 7o da Lei 9.532/97. O referido dispositivo não definiu forma específica pela qual uma participação poderia ser adquirida com ágio. Ou seja, o legislador não quis disciplinar apenas as aquisições feitas através de contratos de compra e venda ou de permuta de ativos, como equivocadamente supõe fiscalização. Ao contrário, todas as formas legais de aquisição são válidas para fins dessa previsão legal.

Artigo 7º da Lei nº 9.532/97 – Aquisição foi feita com ágio

6.15. Em decorrência do acima exposto, resulta que adquirir participação societária com ágio é uma questão factual e não uma questão interpretativa. Ao mencionar o artigo 20 do DL 1.598/77 no corpo do próprio artigo 7o da Lei 9.532/97, o legislador deixou claro que o ágio mencionado naquele dispositivo refere-se à diferença positiva entre o custo incorrido na aquisição de uma determinada participação societária e o seu correspondente patrimônio líquido. A avaliação das quotas contribuídas

6.16. O artigo 7º da Lei das S.A. dispõe que o capital social pode ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de

avaliação em dinheiro. Porém, a legislação estabelece uma rígida disciplina para a contribuição de capital com bens que necessita de avaliação efetuada por três peritos ou empresa especializada. No caso específico, o valor das quotas objeto de integralização de capital da JJ Administração foi atestado com base nos estudos de avaliação econômicofinanceira da JJ Comércio e da JJ Produtos, preparados pela Ernst & Young, sendo cumprida a exigência legal.

6.17. Não encontra nenhum respaldo legal a afirmação da fiscalização de que a JJ Administração deveria ter avaliado os bens contribuídos pela Latam Investment (JJ Comércio e a JJ Produtos) considerando os correspondentes custos históricos das participações, ainda quando elas eram detidas diretamente pela JJ US.

6.18. Não existe nenhuma previsão na legislação societária ou fiscal que faça com que a avaliação de um bem contribuído em aumento de capital de determinada sociedade deva levar em consideração seu último custo quando negociado com terceiros.

6.19. O grupo JJ considerou para fins da contribuição da JJ Comércio e da JJ Produtos em aumento de capital da JJ Administração valores devidamente validados pelos laudos elaborados por empresa independente e especializada e, além disso, os valores atribuídos para a operação foram exatamente os mesmos que haviam sido pagos pela Latam Investment, seis meses antes.

6.20. Essa prática demonstra que o grupo JJ não pretendia obter nenhum ganho indevido com a operação em referência, mas apenas preservar os valores praticados nas aquisições feitas a valores justos de mercado.

A obrigatoriedade de desdobramento do valor do investimento em patrimônio líquido e ágio

6.21. Nos casos de avaliação do investimento sujeito ao método de equivalência patrimonial, o artigo 385 do RIR/99 obriga a pessoa jurídica a desdobrar o custo de aquisição em valores do patrimônio líquido e o ágio ou deságio.

6.22. Foi o que fez a JJ Administração, quando adquiriu as quotas da JJ Comércio e JJ Produtos, na contribuição em aumento de capital feita pela Latam Investment.

Desdobrou, em sua contabilidade, o custo de aquisição do investimento que passou a deter nessas sociedades em: (i) valor do patrimônio líquido e o (ii) ágio.

A permissão legal para a amortização fiscal do ágio

6.23. O artigo 386, inciso III do RIR/99 (base legal, artigo 7º da Lei nº 9.532/97) prevê que: se uma pessoa jurídica que detenha participação societária registrada com ágio, com base na expectativa de rentabilidade futura da sociedade investida, vier a unificar seu patrimônio com o da sociedade investida por meio de incorporação, esse ágio passará a ser tratado como um ativo amortizável para fins fiscais na sociedade sobrevivente à incorporação, em um prazo mínimo de cinco anos.

6.24. Todos os itens enumerados pela fiscalização como obrigatórios a serem atendidos para a garantia da dedutibilidade fiscal da amortização do ágio, principalmente a que prevê que deve haver o encontro da participação societária adquirida e do ágio pago por tal participação em um mesmo patrimônio (confusão patrimonial) foram atendidos pela Impugnante.

6.25. Desse modo, não se chega à outra conclusão senão a de que os valores apurados a título de ágio pela Requerente são válidos e legítimos, de modo que seu aproveitamento, inclusive para fins fiscais, não poderia ser glosado pela fiscalização, como acabou ocorrendo no lançamento ora impugnado.

A não vedação à amortização do ágio ora examinado

6.26. Outro fundamento utilizado pela fiscalização para desqualificar a validade e a legitimidade do valor do ágio ora discutido é o fato de ter sido, formalmente, originado de operações entre partes relacionadas. A Impugnante irá demonstrar de forma clara e inequívoca que apesar das operações possam ter ocorrido entre partes relacionadas, os efeitos desses mesmos fatos foram, em essência, os mesmos que teriam decorrido de uma negociação conduzida entre partes independentes.

A não vedação à apuração de ágio em operações entre partes relacionadas

6.27. O mero fato de haver ágio decorrente de negociações realizadas entre partes relacionadas não pode implicar a indedutibilidade desses valores, se todos os requisitos previstos na legislação, notadamente, os artigos 385 e 386 do RIR/99 estão presentes, em entendimento que é corroborado pela doutrina e jurisprudência nesse sentido.

6.28. Embora a fiscalização não tenha mencionado de forma expressa em seu Termo de Verificação, a suposta invalidade do ágio apurado em operações entre partes relacionadas decorre de interpretação de normativos de natureza contábil, por exemplo, OfícioCircular/ CVM/SNC/SEP nº 01/2007 e Resolução CFC nº 1.157/2009.

Os laudos de avaliação a validação dos preços praticados pelo grupo Johnson & Johnson

6.29. A Obrigatoriedade de as empresas negociarem a valores justos de mercado decorria não apenas de políticas internas do Grupo JJ, mas também da própria imposição da legislação norteamericana e da condição da JJ US de empresa listada em bolsa de Valores naquele país.

6.30. Importante ressaltar que a fiscalização não questionou o valor apurado pela Ernst & Young, que procedeu à avaliação do valor de mercado das subsidiárias do Grupo JJ no Brasil. Se a fiscalização não concorda com os laudos produzidos por empresa independente e especializada, ela deveria ter, no mínimo, apresentado outros estudos ou laudos de avaliação.

A legislação brasileira sobre DDL e Preços de Transferência e a obrigatoriedade de negociar a valores de mercado

6.31. Como é de conhecimento geral, a legislação brasileira visa especialmente impedir que os preços praticados nas transações envolvendo pessoas jurídicas relacionadas não correspondam a valores de mercado. Exemplos dessa vedação são a aplicação das regras de Preços de Transferência e a aplicação das regras de Distribuição Disfarçada de Lucros ("DDL"). Nessas regras, a legislação tributária obriga que as operações sejam feitas a valor de mercado, justamente por envolver partes do mesmo grupo econômico.

6.32. Portanto, a fiscalização não poderia questionar o fato de a JJ Administração ter recebido bens avaliados a valor de mercado, quando de seu aumento de capital, somente porque dessa avaliação resultou a contabilização de parcelas de ágio. A negociação a valores justos de mercado entre partes relacionadas ressalte-se, é uma atitude não apenas recomendada, por questão de transparência e neutralidade na condução dos negócios, mas também por imposição legal, sendo as regras de Preços de Transferência e de DDL dois exemplos que ilustram tal situação.

A JJ Administração não era uma “empresa veículo”

6.33. A princípio, cabe esclarecer que a expressão “empresa veículo” quer dizer, que uma determinada sociedade é dita “de passagem”, ou seja, ela não tem nenhuma outra função além de servir de efêmero canal de transmissão de direitos no context considerado.

6.34. Não é o caso da JJ Administração, que havia sido constituída como

sociedade holding, de forma que bastaria que o seu objeto social, fosse a participação, como sócia ou acionista, em outras sociedades. Porém, ela desde do início de suas atividades já contava com empregados, faturamento, receitas e despesas próprias, conforme evidenciam os documentos apresentados pela Impugnante. E, além disso, a JJ Administração também foi diretamente envolvida no processo de aquisição da divisão “Consumer Healthcare Business”, então detida pelo grupo Pfizer.

6.35. E, ainda que assim não fosse, o que se admite apenas para argumentar, em recentes julgamentos o CARF consignou expressamente que a utilização de sociedades veículo não tem o condão de, por si só, invalidar as transações das quais decorra o aproveitamento fiscal do ágio.

6.36. Portanto, está demonstrado o absoluto descabimento da acusação feita pela fiscalização, no sentido de que a JJ Administração seria considerada como mera empresa veículo e, com isso, as despesas de ágio amortizadas seriam ilegítimas.

Outras questões apontadas pela fiscalização

6.37. Além dos pontos acima tratados a fiscalização aduz ainda outros pontos de questionamento que têm por objetivo desqualificar as operações realizadas. A seguir a Impugnante passará a comentar a improcedência desses itens.

6.38. Um dos pontos subsidiariamente mencionados pela fiscalização refere-se à questão envolvendo o pagamento de ganhos de capital no Brasil, quando da alienação de sociedades brasileiras no exterior.

6.39. No entanto, a legislação fiscal não condiciona a dedutibilidade das despesas de amortização de ágio a um pagamento prévio de Imposto sobre a Renda sobre eventual ganho de capital.

6.40. Em todo caso, uma vez que o tema não é objeto de questionamento específico da fiscalização, não cabe a ela invocar tal fato para tentar descaracterizar situação jurídica distinta, que é a amortização de ágio. Trata-se de decorrência direta da chamada boa-fé objetiva, ou seja, validar o entendimento da fiscalização seria agir de maneira contraditória ao ordenamento jurídico.

6.41. A fiscalização tenta desqualificar a amortização do ágio com base em normas contábeis, especificamente a Resolução 1.157/09, que aprova o Comunicado Técnico CGT 02. A fiscalização destaca o item 50, segundo o qual só pode ser reconhecido o ativo intangível do ágio por expectativa de rentabilidade futura se o investimento for adquirido de terceiros. Porém, esta disposição somente pode ser levada em consideração para fins contábeis, e não fiscais.

6.42. Além disso, o ágio tratado nesta Resolução se refere ao “ágio gerado internamente” que no âmbito da “CVM” e no meio contábil, popularizou-se com a publicação do Ofício Circular/ CVM/SNC/SEP nº 01/2007, e diz respeito exclusivamente a operações específicas de “reavaliação espontânea” de sociedades controladas e coligadas.

6.43. Conclui-se que houve um “custo de aquisição” incorrido na aquisição da JJ Comércio e da JJ Produtos, de modo que as disposições contábeis relativas a “ágio gerado internamente” não são aplicáveis ao caso em questão.

6.44. Além disso, a Resolução 1.157/09 somente entrou em vigor em 13/02/2009. A fiscalização também mencionou o artigo 7º da Resolução CFC nº 750/93 e, alega que este artigo menciona que somente seria admitido o custo histórico como base de valor para a mensuração de ativos e passivos. Porém esta Resolução não impossibilita o reconhecimento de ágio em aquisições verdadeiras e legítimas, ainda que realizadas entre partes relacionadas.

6.45. Aliás, aqui cabe fazer outra ponderação, no sentido de que as regras contábeis não podem ser invocadas pela fiscalização para gerar direitos ou deveres. A função da Contabilidade não é essa, sendo que, a determinação de quaisquer efeitos fiscais, deverá levar em conta a legislação fiscal aplicável, e não orientações diretivas de natureza não normativa.

6.46. A fiscalização também aponta uma suposta inconsistência com respeito à data de aquisição da Bella 7 e da Ethicon pela Latam Investment. Conforme consta do Contrato de Compra e Venda entre a Latam Properties e a Latam Investment a data de 28/04/2006, a que se refere a fiscalização, era a data limite para a conclusão da transação.

6.47. Ao final do Termo de Verificação, a fiscalização tenta mais uma vez descaracterizar os efeitos fiscais da apuração, registro e amortização de ágio pela Impugnante lançando mão de dois exemplos, denominados pela fiscalização de "Enfoque 1" e "Enfoque 2".

Confira-se:

(...) pode-se encarar a operação da qual resultou o pagamento do ágio pela Latam Investment (investidora/adquirente) sob duas perspectivas: (i) considerar que a operação de aquisição teve formalmente como objeto as participações na Bella 7 e na Ethicon (e, portanto, admitir que o ágio teve como fundamento a previsão de rentabilidade futura de tais sociedades estrangeiras) hipótese adiante referida como 'Enfoque 1'; ou (ii) assumir que as participações na JJ Produtos e na JJ Comércio (ainda que por intermédio de suas controladoras diretas Bella 7 e Ethicon) constituíram o real objeto da operação de aquisição, tendo o ágio se fundado na expectativa de rentabilidade das sociedades brasileiras hipótese a seguir identificada como 'Enfoque 2'.

6.48. Entretanto, com o devido respeito à fiscalização, tanto as premissas do "Enfoque 1" quanto do "Enfoque 2" são igualmente equivocadas, pois, como visto, o pagamento feito pela Latam Investment não foi o que gerou o ágio finamente amortizado pela Requerente e que é objeto destes autos. O ágio em referência somente surgiu como decorrência da aplicação do método da equivalência patrimonial pela JJ Administração quando da avaliação de suas controladas JJ Comércio e JJ Produtos.

6.49. A Impugnante faz um resumo dos julgados no CARF, de cada um dos casos semelhantes ao caso em discussão (Tele Norte, Santander, Gerdau) que tiveram decisões favoráveis aos contribuintes e, no caso da Mahle a decisão do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários.

6.50. Na tentativa de aduzir elementos que possam corroborar suas alegações, a fiscalização menciona alguns casos julgados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, especialmente os Acórdãos n.ºs 130100.058, de 13.5.2009; 140201.080, de 14.6.2012; 120200.753, de 12.4.2012; 110300.501, de 30.6.2011; e 10196.724, de 28.5.2008.

6.51. Ocorre que, se examinados os fatos e as razões de Direito consubstanciadas em cada um desses Acórdãos, nota-se que o presente caso a eles em nada se assemelha, de modo que as conclusões daqueles casos não podem ser utilizadas pela fiscalização para descaracterizar as operações em exame. A Impugnante faz um resumo de cada Acórdão mencionado.

6.52. Embora o Auto de Infração ora impugnado se baseie no entendimento de que a operação realizada deveria ser caracterizada como prática "artificial", tendo em vista a suposta ausência de propósito negocial, não poderia a presente autuação fiscal desconstituir uma operação realizada em absoluta conformidade com a legislação em vigor, unicamente por conta das suas motivações econômicas.

6.53. Cabe lembrar que referida interpretação passou a ser adotada pelas autoridades fiscais a partir da edição da Lei Complementar nº 104/2001 que alterou o artigo 116, parágrafo único, do CTN. No entanto, da parte final do referido dispositivo nota-se que ele não é autoaplicável, mas depende de regulamentação por lei ordinária, a qual não ocorreu até o presente momento.

6.54. Assim, ainda que o caso em exame não estivesse revestido de propósito negocial, o que se admite apenas para argumentar, resta claro que a fiscalização não poderia pretender desconsiderar os negócios jurídicos aqui examinados apenas com base nessa infundada justificativa.

MULTA QUALIFICADA

6.55. O Impugnante apresenta, quanto à multa qualificada, as seguintes alegações:

Inocorrência de fraude, simulação ou dolo:

(i) a fiscalização deve trazer provas inequívocas da ocorrência dos vícios previsto nos artigos 71 a 73 da lei nº 4.502/64, para aplicar a qualificação;

(ii) a fiscalização sequer utiliza em seu Termo de Verificação os termos “simulação”, “fraude”, ou “dolo”;

(iii) os elementos de prova apresentados, não permitem que se cogite de uma suspeita minimamente racional de fraude ou de qualquer conduta dolosa. Não se pode falar em “evidente intuito de fraude”;

(iv) além de registrar todos os seus atos nos estritos termos da legislação em vigor, a Impugnante portou-se ainda de forma exemplar durante a fase de fiscalização e disponibilizou todas as informações e documentos solicitados. Os elementos da penalidade tributária: a “teoria da imputação subjetiva” e o artigo 112 do CTN:

(i) Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, ao dispor sobre a aplicação de sanções tributárias, o CTN encampa a chamada “teoria da imputação subjetiva”, segundo a qual a aplicação de penalidade deve levar em consideração a conduta do contribuinte diante de um risco novo e injusto, e não apenas sob a perspectiva da mera ação materialmente realizada:

(ii) Em outras palavras, para que reste configurada a hipótese de aplicação de uma penalidade, a fiscalização deve demonstrar a ocorrência de aspectos objetivos e subjetivos na conduta do contribuinte, sendo que somente após essa avaliação, pode-se decidir pela aplicação ou não da penalidade;

(iii) Portanto, sob o ponto de vista da “teoria da imputação subjetiva” resta claro que a Requerente não incorreu em nenhum dos aspectos de ordem objetiva e subjetiva que permitissem a aplicação da penalidade qualificada;

Erro de proibição e dúvida relevante:

(i) Outro ponto que merece destaque no presente caso é o fato de que as operações autuadas pela fiscalização como inoponíveis à Administração Tributária eram, até a época dos fatos ora discutidos (2005), largamente reconhecidas como válidas pela jurisprudência administrativa:

(ii) Assim, 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 se admite para argumentar, não havia ao menos conhecimento por parte da Requerente acerca dessa suposta ilicitude do negócio. É nesse sentido que tem decidido a jurisprudência administrativa:

O princípio da proporcionalidade e o artigo 142 do CTN:

(i) Por fim, importa notar que a aplicação de sanções deve sempre seguir o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, conforme o artigo 2º parágrafo único, inciso VI, da Lei 9.784/99, que rege supletivamente o processo administrativo fiscal;

6.56. Por todas as razões acima expostas, resta demonstrado o total descabimento da aplicação da multa qualificada de 150% à Requerente no presente caso, razão pela qual se pleiteia seu imediato cancelamento.

JUROS

7. A taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários e, se admitida a sua aplicação, só poderá incidir sobre o crédito tributário principal, não podendo recair sobre o valor da multa de ofício, que é penalidade e não tem natureza tributária.”

Na sequência, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I proferiu o **acórdão n. 16-46.738** (E-fls. 7618 ss.) mantendo o lançamento tributário, pelas razões resumidas na seguinte ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2009, 2010

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTRAGRUPU. 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.

AUTO REFLEXO CSLL.

O decidido, no mérito do IRPJ, repercute na tributação reflexa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Em face da referida decisão, a contribuinte interpôs **recurso voluntário** (E-fls. 7681 ss.) no mesmo sentido que sua impugnação administrativa e a Fazenda Nacional, por sua vez, apresentou **contrarrazões** (E-fls. 7837 ss.).

Do julgamento do recurso pela Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção resultou o **acórdão n. 1201-001.470** (E-fls. 7892 ss.), em que basicamente se manteve a glosa da amortização do ágio, por se considerar as respectivas despesas indedutíveis tratando-se de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e o uso de empresa veículo, mas se desconstituiu a qualificação da multa, diante da ausência de demonstração cabal da ocorrência de fraude. Leia-se a sua ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2009, 2010

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: 2009, 2010

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 quorum mínimo de 03 julgadores que uma vez alcançado, possibilita o julgamento.

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 nº 4.502, de 1964. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em segunda votação, por dar parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificação da multa, reduzindo-a para 75%, vencidos os conselheiros Luis Fabiano, José Roberto e Ronaldo Apelbaum, que lhe davam provimento e José Carlos e Ester Marques, que lhe negavam provimento. Designada a Conselheira Eva Maria Los para redigir o voto vencedor. O Conselheiro Ronaldo entendeu que não era cabível a aplicação de multa e apresentará declaração de voto.

(assinado digitalmente)

ROBERTO CAPARROZ DE ALMEIDA Presidente.

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO Relator.

(assinado digitalmente)

EVA MARIA LOS Redator Designado”

Contra o referido acórdão, primeiramente, a Fazenda Nacional interpôs **recurso especial** (E-fls. 7960 ss.), pretendendo fosse restabelecida a qualificação da multa, diante da existência de fraude na conduta da contribuinte que descreveu, para o que apresentou os acórdãos n. 1202-00.753 e n. 101-96.724 como paradigmas da divergência.

O recurso foi recepcionado por **despacho de admissibilidade** (E-fls. 7981 ss.) e, intimada, a contribuinte opôs **embargos de declaração** (E-fls. 7994 ss.) visando sanar as omissões enumeradas pelo **despacho** (E-fls. 8141) que não os admitiu:

“ (...) embora a penalidade tenha sido reduzida para 75%, foi levantada questão

de ordem pelo Conselheiro Ronaldo Apelbaum, de que a penalidade sequer deveria ser aplicada, constando que apresentaria Declaração de Voto; porém, tal declaração de voto não consta; o que devido à falta de consenso dos julgadores, que apontaram 3 (três) caminhos de decisão, foi realizada nova votação, na qual proposta do Conselheiro Ronaldo Apelbaum não foi considerada, tendo sido analisadas apenas 2 (duas) das soluções; aponta que ocorreu vício na votação desta matéria (art. 60 do RICARF); e requer que se analise a aplicação da multa, à luz do art. 112 do CTN, eliminando-a, por se tratar de processo envolvendo dúvida sobre a capitulação dos fatos;

no mérito, relativamente à dedutibilidade das despesas de amortização de ágio, seriam 6 (seis) as omissões na análise:

1. não havia qualquer vedação na legislação fiscal, explícita ou implícita, que restringisse o reconhecimento de ágio, quando a aquisição tivesse sido realizada entre partes relacionadas, antes da MP nº 627, de 2013, convertida na Lei nº 12.973, de 2014;

2. a necessidade de negociação em bases comutativas também decorre da legislação norte-americana, onde a matriz do grupo Johnson & Johnson negocia ações em ambiente de Bolsa de Valores; o Acórdão assume a premissa de que por se tratarem de operações entre partes relacionadas, não poderia haver o reconhecimento de ágio, mas não leva em consideração que mesmo no Brasil, partes relacionadas devem transacionar sempre em bases "estritamente comutativas", ou seja, como se terceiros independentes fossem; e a reorganização societária foi empreendida em bases mundiais;

3. por ter havido um efetivo pagamento de preço nas participações adquiridas, houve um legítimo custo de aquisição, que poderia ser perfeitamente adotado para fins da contribuição em aumento de capital da JJ Administração, tendo em vista o disposto no artigo 26, §3º, da IN nº 208, de 27.9.2002, posteriormente confirmado pelo artigo 23, §1º, da IN nº 1.455, de 6.3.2014;

4. mesmo sob a perspectiva contábil o grupo Johnson & Johnson estaria autorizado a reconhecer e a amortizar o ágio surgido com a contribuição das controladas brasileiras em aumento de capital da Johnson & Johnson Administração de Investimentos Ltda. PJJ Administração, pois Eliseu Martins e Jorge Vieira Costa Júnior reconhecem expressamente que sob a égide da Lei 9.532/97 não havia vedação ao registro de ágio em operações entre partes relacionadas; que a vedação somente começou em 2010;

5. a decisão embargada deixa de considerar que sob a perspectiva da matriz do grupo Johnson & Johnson, essa redomiciliação levou à tributação de mais de USD 11 bilhões em razão do "Homeland Investment Act"; ao alegar que o ágio somente poderia ser considerado como amortizável e dedutível para fins fiscais no Brasil se houvesse a correspondente tributação da mais-valia, trouxe um questionamento que não é objeto de autuação neste caso e não considera que a matriz do grupo Johnson & Johnson reconheceu valores tributáveis nos Estados Unidos em decorrência dessa operação, razão pela qual não se pode dizer que tenha apresentado razões exclusivamente ligadas à amortização de ágio no Brasil;

6. indevida alegação de que a JJ Administração seria uma sociedade veículo e teria internalizado um "ágio interno", dado que essa sociedade teve existência superior a dois anos e exerceu papel decisivo nas diretrizes do grupo Johnson & Johnson, possuindo empregados próprios e atividades próprias; e esteve envolvida em outras aquisições realizadas pelo grupo Johnson & Johnson com partes não relacionadas; a conclusão do Acórdão é contraditória com precedentes proferidos pelo próprio CARF."

Na sequência, a contribuinte apresentou **contrarrazões** (E-fls. 8097) apontando, de modo preliminar, a (i) impossibilidade de conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional por falta de cotejo analítico e também de configuração da divergência entre os acórdão recorrido e paradigmas, uma vez que o primeiro deles (acórdão n. 1202-00.753) condiciona a aplicação da multa qualificada à constatação de fortes indícios da ocorrência de simulação, o que não seria o caso dos presentes autos, além do que não se poderia reexaminar provas nesta instância administrativa. Já o segundo, acórdão n. 101-96.724, trataria de fatos totalmente diversos, tendo havido uma reavaliação espontânea de investimentos, sem qualquer propósito negocial, e com prova do intuito fraudulento. Por fim, concluiu que o entendimento formado no CARF seria o de que a indedutibilidade do ágio, por si só, não autorizaria a qualificação da multa, pois à época dos fatos muitos casos eram reiteradamente validados por autoridades administrativas, e reiterou as questões de mérito já desenvolvidas.

A contribuinte também interpôs **recurso especial** (E-fls. 8156 ss.), suscitando divergência para enfrentar as seguintes matérias enumeradas, com os respectivos paradigmas: (i) ágio decorrente de operação entre partes relacionadas (acórdãos n. 1302-001.978 e 1301-001.224); e (ii) suposta utilização indevida de empresa veículo (acórdãos n. 1302-002.045 e 1301-001.950), ao que foi dado seguimento integralmente pelo **despacho de admissibilidade** às E-fls. 8385 ss.

Em conclusão, a Fazenda Nacional ofereceu **contrarrazões** (E-fls. 8391 ss.) reiterando os argumentos deduzidos nas contrarrazões apresentadas em face do recurso voluntário anteriormente.

Passa-se, assim, à apreciação dos recursos.

Voto Vencido

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

CONHECIMENTO

O conhecimento do Recurso Especial condiciona-se ao preenchimento de requisitos enumerados pelo artigo 67 do Regimento Interno deste Conselho, que exigem analiticamente a demonstração, no prazo regulamentar do recurso de 15 dias, de (1) existência de interpretação divergente dada à legislação tributária por diferentes câmaras, turma de câmaras, turma especial ou a própria CSRF; (2) legislação interpretada de forma divergente; (3) prequestionamento da matéria, com indicação precisa das peças

processuais; (4) duas decisões divergentes por matéria, sendo considerados apenas os dois primeiros paradigmas no caso de apresentação de um número maior, descartando-se os demais; (5) pontos específicos dos paradigmas que diverjam daqueles presentes no acórdão recorrido; além da (6) juntada de cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, da publicação em que tenha sido divulgado ou de publicação de até 2 ementas, impressas diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União quando retirados da internet, podendo tais ementas, alternativamente, serem reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

Observa-se que a norma ainda determina a imprestabilidade do acórdão utilizado como paradigma que, na data da admissibilidade do recurso especial, contrarie (1) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal); (2) decisão judicial transitada em julgado (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil; e (3) Súmula ou Resolução do Pleno do CARF.

Com relação ao recurso especial apresentado pela Fazenda Nacional, a contribuinte alega em suas contrarrazões inexistir divergência entre os acórdãos recorrido e paradigmas, o que se passa a analisar, partindo-se, por oportuno, da recordação de que a razão para a desqualificação da multa de ofício pelo acórdão recorrido deu-se “por não haver nos autos comprovação cabal das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.” Leia-se o trecho do voto em que se trata da penalidade:

“No julgamento de que resulta o presente Acórdão, resultou vencedora a tese de que não foram preenchidas as condições do art. 386 do RIR de 1999, porquanto tivessem sido legais e como argumenta a Recorrente, no interesse dos negócios do grupo empresarial, as operações societárias realizadas não configuram a situação que autoriza à incorporadora deduzir o ágio relativo às empresas incorporadas.

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.

Neste contexto, trata-se de discussão sobre tema controverso, questão técnica, não havendo justificativa para a qualificação da multa; neste caso, correta é a aplicação da multa de ofício.

À vista de não restar evidente a infração à Lei nº 4.502, de 1964, deve a multa qualificada ser convertida na multa de ofício do art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, isto é deve ser reduzida a 75%.”

Verificando-se o primeiro paradigma apresentado, acórdão n. 1202-00.753, é possível se inferior logo de sua ementa que, muito embora também tenha como tema subjacente a questão do ágio interno, no caso julgado foi imputada a presença de “*prova direta da ocorrência de simulação*” e “*a constatação do evidente intuito de fraudar o Fisco, pela intencional prática de atos simulados*”, o que ensejaria a qualificação da multa de ofício. Leia-se:

“DESpesas COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. OPERAÇÃO INTERNA. SIMULAÇÃO. GLOSA.

A criação de ágio por meio de reorganização societária entre empresas do mesmo grupo econômico, pautada em fortes indícios, além de prova direta da ocorrência de simulação revela-se artificial e não gera direito à dedução das respectivas despesas de amortização.

MULTA QUALIFICADA.

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

Considerando-se, pois, para além do distanciamento entre as duas qualificações dadas à operação com ágio interno como simulatória, que o acórdão recorrido desqualificou a multa por ausência de prova cabal das hipóteses dos artigos 71,72 e 73 da Lei n. 4502/64 e o paradigma qualificou, justamente porque havia prova do evidente intuito de fraude, o que se conclui é que os dois acórdãos são convergentes e não divergentes, como se espera para o conhecimento do recurso especial.

Entende-se, nesse sentido, que só seria possível a configuração da divergência numa hipótese em que, diante de provas nos dois casos ou ausência de provas em ambos, se decidisse opostamente quanto à aplicação da multa ou, ainda, na hipótese de duas situações fáticas estritamente próximas se aplicasse a legislação de forma divergente, qualificando-se uma num sentido, por exemplo, como simulação, e noutra não, o que ainda demandaria o enfrentamento da possibilidade de se reexaminar provas nesta instância. Mas não é o caso dos autos.

O mesmo se diga com relação ao segundo paradigma, acórdão n. 101-96.724. Neste caso, além de se estar diante de uma situação fática ainda mais distante daquela subjacente ao acórdão recorrido, a qualificação da multa se resume a uma frase da ementa dessa decisão: “MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.”

Pela simples leitura dessa conclusão, entende-se que critério de decidir do segundo acórdão paradigma é a constatação da simulação, leia-se o voto a esse respeito:

“A sucessão dos atos, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa por incorporação revelam que nunca houve a intenção real de constituir uma empresa (a ZBT, constituída em junho de 1998 e extinta em

agosto de 1998) para efetivamente operar segundo seu objetivo social, mas sim de criar uma sociedade efêmera, de passagem, que possibilitasse um registro de ágio a ser amortizado por empresa do grupo.

Conforme deixa claro o Termo de Verificação, a ZBT TERMINAIS foi constituída em 01 de junho de 1998, com capital inicial de R\$ 1.000,00, subscrito, conforme AGE de 17/06/98 por duas pessoas físicas, sendo R\$999,00 pelo Sr. Gonçalo Borges Torrealba, também acionista da Libra Terminais S/A e da Libra Terminal 35 S/A.

Em 05/08/1998 foi aprovado o aumento de capital mediante a subscrição de mais 10 milhões de ações ordinárias, subscritas por LIBRA TERMINAIS S/A (que passou a deter 99,99% das ações) Esse ato foi que possibilitou o surgimento do ágio que daria origem às despesas de amortização, pois a integralização deu-se com ações da Libra Terminal 35 avaliadas em R\$ 123.157.000,00.

Em 06/08/1998 o patrimônio da ZBT é cindido e seu acervo é incorporado pela LIBRA TERMINAL 35 S/A

Durante toda a sua existência formal, de junho de 1998 a 06 de agosto de 1998, a ZBT não praticou qualquer ato vinculado com seu objetivo social.

Alega a Recorrente a existência de alternativas que atendiam o requisito legal para a amortização dedutível, quais sejam: (a) a incorporação da Libra Terminal 35 S/A pela Libra Terminais S/A; (b) a incorporação da Libra Terminais S/A pela Libra Terminal 35 S/A, e (c) a cisão parcial da Libra Terminal S/A, mediante destaque de parcela do patrimônio, formado pelo investimento (com ágio) na Libra Terminal 35 S/A, sendo tal parcela incorporada por esta última.

Olvidou-se a Recorrente de observar que enquanto existiam apenas a Libra Terminais S/A e a Libra Terminal 35 S/A não havia contabilização de investimento adquirido com ágio, a ser amortizado em uma das alternativas mencionadas. O surgimento do ágio foi possibilitado com a constituição (exclusivamente formal) da ZBT.

Nada do que foi trazido no recurso sensibiliza meu espírito a ponto de produzir dúvida quanto à inexistência de fato da ZBT, que foi constituída exclusivamente para possibilitar a formação de um ágio, passível de gerar despesa de amortização.

Ao final das alegações recursais, suscita a Recorrente impossibilidade de lavratura de auto de infração sobre fatos já fiscalizados e expressamente validados pela Receita Federal, e a impossibilidade de desconstituir negócios jurídicos societários realizados em 1998, em razão de ter ocorrido a prescrição.

A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige os tributos porventura deles decorrentes. A fiscalização anterior, relativa ao ano-calendário de 1998, nada exigiu em relação às operações questionadas, porque elas se deram naquele próprio ano, e sua repercussão tributária só surgiria com a amortização do ágio, nos períodos subseqüentes.”

Nesse sentido, compreende-se que não se trata do mesmo pressuposto adotado pelo acórdão recorrido, que se relembra, desqualificou a multa com base na ausência de comprovação de sonegação, fraude ou conluio nas operações realizadas.

Assim sendo, **vota-se por NÃO CONHECER o recurso da Fazenda Nacional pelas razões expostas, CONHECENDO-SE o recurso do sujeito passivo, nos termos do despacho de admissibilidade.**

MÉRITO

De acordo com a análise de conhecimento procedida, devolve-se ao julgamento desta instância as seguintes matérias as quais se relembra para melhor demarcação do objeto a ser enfrentado nesta decisão: (i) ágio decorrente de operação entre partes relacionadas, (ii) suposta utilização indevida de empresa veículo, por caracterizar a ausência de propósito negocial e a (iii) correspondente qualificação da multa de ofício, na eventualidade de conhecido o recurso da Fazenda Nacional, passando-se a enfrentá-las.

Em conformidade com o acórdão recorrido, vê-se que a indedutibilidade do ágio foi fundamentada na sua verificação dentro do mesmo grupo econômico, pois inexistente a contrapartida do terceiro gerador do efetivo dispêndio, com o uso de empresa veículo, que indicariam a inexistência de propósito negocial, reduzindo-se a multa qualificada, por ausência de prova cabal das hipóteses dos artigos 71,72 e 73 da Lei n. 4502/64.

Não se está diante assim de se inquinar o cumprimento dos requisitos ao seu abatimento, a exemplo do pagamento, que se demonstrou efetuado em moeda nos autos, comprovação documental por laudo preparado por terceiro independente, o que num primeiro momento poder-se-ia afirmar o não questionamento dos requisitos dos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 em si:

“Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A questão que se coloca, precisamente, então, refere-se à possibilidade de abatimento do ágio gerado intragrupo, porque o pagamento não viria de terceiro gerador do efetivo dispêndio, e com a utilização de empresa veículo, porque indicariam a ausência de propósito negocial na operação, que teria como único intuito a geração do ágio.

Relativamente ao ágio haver sido gerado internamente, a circunstância de não haver previsão legal que vedasse à sua utilização à época dos fatos me é suficiente para afastar a possibilidade de negativa à sua dedutibilidade sob essa fundamentação, ausência legislativa essa que veio a ser confirmada pela Exposição de Motivos da MP 627/13, que antecedeu, aí sim, a proibição normativa sobre a questão, veiculada pela Lei n. 12.973/14, com vigência a partir de 10.01.2015.

De todo modo, buscou-se demonstrar o atendimento ao sistema de

negociação em termos comutativos, já que diante de partes relacionadas, inclusive para o atendimento de normas internacionais que exigiam transações com parâmetros de mercado. A exemplo das colocações sintetizadas pela contribuinte, “9. *Essa reorganização teve duração de 3 anos e foi realizada em bases estritamente comutativas por políticas de transparência do próprio grupo, como se ocorresse com partes totalmente independentes. As participações societárias transferidas foram adquiridas com pagamento efetivo em caixa, todos os preços estavam devidamente suportados por laudos de avaliação produzidos por peritos especializados e, sobretudo, havia razões empresariais justificando o negócio. 10. O chamado “Business Integration Project” ocorreu no Brasil e em outras nove jurisdições na América Latina, nos moldes do que já havia sido feito em países europeus (Itália, Polônia, Hungria, Eslováquia e República Tcheca).*”

No mesmo sentido, e já se passando para o segundo ponto quanto ao uso da empresa veículo, também se buscou demonstrar que “*a JJ Administração era uma sociedade que exerceu papel decisivo nas diretrizes relacionadas à reorganização brasileira (questões jurídicas e regulatórias ligadas à ANVISA, supply chain, TI, organização das linhas de negócio, logística, recursos humanos, etc.) e também participou diretamente da aquisição da divisão consumer junto ao grupo Pfizer, terceiro não-relacionado (vide docs. 30 a 42 da Impugnação, que provam sua real existência).*”

Também no que se refere ao uso de empresa veículo, verifica-se que foi sustentada a infração, ao final, com base na ausência de propósito negocial, e como já pontuado, não vejo que isso seja impedimento para o seu uso, novamente diante da ausência de previsão legislativa no ordenamento jurídico brasileiro a esse respeito, mas se estando diante de produções doutrinárias e importações do direito alienígena, que não guardam correspondente internamente, o que seria diferente caso imputados vícios concretos capazes de invalidar a constituição da JJ Administração, ainda que isso leve a uma redução da carga fiscal verificada. De todo modo, entendo demonstrado nos autos o propósito negocial da utilização da JJ Administração e da operação em si.

No mesmo sentido, mas independentemente do posicionamento que se tenha quanto ao ágio interno e uso da empresa veículo, não se vê como ser restabelecida a qualificação da multa, assim como decidido pelo acórdão recorrido a esse respeito, uma vez que se observa que não foi realizada imputação e qualificação de sonegação, conluio ou fraude, nos termos dos artigos 71, 72 ou 73 da Lei n. 4.502/64.

Afinal, tudo isso é diferente de se considerar a operação artificial por falta de propósito negocial, inoponível ao fisco, uma vez que se exige mais da conduta do contribuinte, a exemplo de ilícitos como falsificação, sendo que no caso não se pode negar a existência de publicidade e legitimidade, *a priori*, dos atos.

Talvez porque essa não tenha sido a premissa da fiscalização, também não se constata prova do evidente intuito de fraude, que novamente é o que se exige para a qualificação da multa, mas alegações da fiscalização quanto à ausência de substância negocial da empresa veículo.

Finalmente, apenas a título de argumentação para se demonstrar o que já afirmado, ainda que como simulação pudesse ser qualificada, certamente não se estaria diante de simulação absoluta, mas de interpretação possível do sujeito passivo, não aceita pela fiscalização e autoridade julgadora, o que se confirma pela ausência de uniformidade na jurisprudência a respeito da questão, especialmente à época dos fatos.

Por essa razão, além de se compreender dedutíveis os valores correspondentes ao ágio apurado na operação, não se entende possível a qualificação da multa de ofício com o percentual de 150%, pela ausência de comprovação do evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio pela autuação.

Assim sendo, vota-se por **DAR PROVIMENTO** ao recurso da contribuinte e **NEGAR PROVIMENTO ao recurso da Fazenda Nacional**.

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator designado.

Não obstante o substancial voto da I. Conselheira, peço vênia para discordar em relação a dois pontos: (1) mérito do recurso especial da Contribuinte, no qual se aprecia a despesa de amortização de ágio, sob dois aspectos: (1.1) ágio decorrente de operação entre partes relacionadas e (1.2) suposta utilização indevida de empresa veículo, por caracterizar a ausência de propósito negocial; e (2) admissibilidade do recurso especial da PGFN, no qual se discute o conhecimento da matéria qualificação da multa de ofício.

Passo ao exame.

I. Recurso Especial da Contribuinte. Mérito. Ágio.

Os dois aspectos suscitados no mérito do recurso, (1) ágio decorrente de operação entre partes relacionadas e (2) suposta utilização indevida de empresa veículo, por caracterizar a ausência de propósito negocial, encontram-se inseridos no contexto da matéria glosa de despesa de amortização de ágio.

Assim, para a devida apreciação, propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

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

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

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no

inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão².

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁴ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

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

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

de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99⁶.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

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

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em

demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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. SCHOUERI⁸, 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.

⁸ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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 aproveitasse da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.**

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

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

8. Consolidação

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

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

vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

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

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

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

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

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

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

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

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Os valores financeiros das operações serão citados em valores aproximados.

Adoto os fatos bem descritos no voto vencedor da decisão recorrida:

Cite-se o Autuante no termo de Verificação Fiscal:

75. Deve ser sublinhado que do custo total de US\$ 1.575.477.384,00, nenhuma parcela foi originalmente adquirida de um terceiro estranho ao grupo Johnson & Johnson. A despeito dessa conclusão poder ser coligida das informações já até aqui apresentadas, o próprio fiscalizado claramente assim reconhece tal traço marcante das

transações em comento, conforme retratado em sua resposta ao Item 05, "f", do Termo de Intimação datado de 22/05/2012 (Doc. 93):

"A Fiscalizada esclarece que não houve parcela paga a sociedade de fora do grupo Johnson & Johnson."

76. Diante das informações anteriores, deduz-se que 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 Bella 7 e na Ethicon, antes registrado na Johnson Corporate por US\$ 24.549.865,00 passou a ser registrado na Latam Investment por US\$ 1.575.477.384,00.

Tais operações societárias resultaram em que a JJ Produtos, passou a deduzir ágio relativo a ela mesma, e que foi gerado nas transações intragrupo.

Em 2005, as empresas JJProdutos e a JJ Comércio eram 99,9999% de propriedade da Johnson Corporate (vide 5.6 do relatório) a estrutura inicial do processo em discussão era, simplificada, Johnson Corporate no exterior, que controla (99,9999%) a JJ Produtos e a JJ Comércio, no Brasil.

Em seguida, ao final de 2005, manteve-se a mesma situação de 99,9999% de propriedade, porém por intermédio das empresas Ethicon e Bella 7 a Johnson Corporate, proprietária 100% da Ethicon e Bella 7, que em conjunto, eram proprietárias 99,9999% da JJ Produtos e JJ Comércio as quotas da JJ Produtos e JJ Comércio foram usadas para integralizar o capital da Ethicon e da Bella 7, pelo valor patrimonial contábil que era de US\$24.549.865.

No período de 13/12/2005 a 16/03/2006, a Johnson Corporate contribuiu as participações que detinha na Ethicon e Bella 7 para outra empresa no exterior controlada, a Latam Investment o valor das participações da Bella 7 e da Ethicon nas empresas controladas no Brasil, JJ Produtos e JJ Comércio, foi registrado como US\$1.575.477.384 (56,99% da JJ Produtos US\$576.758.000; 99,9999% da JJ Comercio US\$1.246.783.000), com base em laudos de avaliação econômica de suas rentabilidades futuras esperadas.

Essas operações consistiram em:

a) Johnson Corporate vendeu 80,9% da Bella 7 para a Jahnssen Pharmaceutical;

b) Johnson Corporate contribuiu 19,10% da participação societária na Bella 7 para a Jahnssen Pharmaceutical, completando os 100%;

c) Johnson Corporate vendeu 62,74% da Ethicon para a Johnson IFSC;

d) Johnson Corporate contribuiu 37,24% da participação societária na Ethicon para a Jahnssen Pharmaceutical, totalizando 99,98%;

a) US\$1.000.000.000 (em dinheiro)

b) US\$236.093.943,14

em resumo, Bella 7 US\$ 1.236.093.943,14

c) US\$197.070.000 (em dinheiro)

d) US\$116.973.012,43

em resumo, Ethicon US\$ 314.043.012,43

Bella 7 mais Ethicon totalizaram US\$1.550.136.955,57

Seguidas das seguintes operações:

IFSC 1) Jahnssen Pharmaceutical contribuiu 100% da Bella 7 na Johnson

IFSC 2) Jahnssen Pharmaceutical contribuiu 37,24% da Ethicon na Johnson

Em seguida:

a Johnson IFSC vendeu 100% da Bella 7 e 100% da Ethicon para Latam Properties US\$ 1.550.270.000 (em dinheiro)

Em 16/03/2006:

Latam Properties vendeu 100% da Bella 7 e 100% da Ethicon para Latam Investment US\$ 1.575.477.384 (em dinheiro)

Ato contínuo, no final de 2006, foram extintas as empresas intermediárias Ethicon (em 30/06/2006) e Bella7 (em 29/06/2006), passando a JJ Produtos e a JJ Comércio 7 ao controle direto da Latam Investment.

Essas operações societárias ocorreram no exterior.

Em seguida, já no Brasil, a Latam Investment (com uma participação mínima da JJ Industrial, empresa do grupo no Brasil) constituiu a JJ Administração, com as quotas que detinha na JJ Produtos e na JJ Comércio.

A partir desse momento em que as operações societárias se dão no Brasil, os investimentos na JJ Produtos e JJ Comércio foram registrados desdobrando-se o valor de cada uma em patrimonial e ágio.

Finalmente, a JJ Produtos incorporou a JJ Comércio e a JJ Administração e passou a amortizar os respectivos ágios:

- a) dela mesma (registrado na JJ Administração incorporada);
- b) e da incorporada JJ Comércio.

Resultou a estrutura final em que a Johnson Corporate controla a Latam Investment (100%), ambas no exterior, que controla a JJ Produtos no Brasil (99,9999%).

O que se observa é a ocorrência de dois blocos de operações societárias, primeiro no exterior, e posteriormente no Brasil.

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 foi registrado valor de US\$1,5 bilhões.

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 de US\$2,4 bilhões. 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.

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.

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

Quanto ao aspecto **pessoal**, 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 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.

Verifica-se que os aspectos (i) ágio decorrente de operação entre partes relacionadas e (ii) suposta utilização indevida de empresa veículo, por caracterizar a ausência de propósito negocial, são complementares, e inaptos para tornar o ágio dedutível no caso em tela. 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 tópico). Resta evidente o deliberado intuito de **fabricar uma despesa** com repercussão na base tributável.

Portanto, cabe ser mantida a autuação fiscal em relação ao ágio.

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

II. Recurso Especial da PGFN. Admissibilidade. Qualificação da Multa de Ofício.

Discute-se a admissibilidade do recurso especial da PGFN, em relação à matéria qualificação da multa de ofício.

Compreendo que o acórdão paradigma nº 101-96.724 mostrou-se apto para demonstrar a divergência na interpretação da legislação tributária prevista no art. 67, Anexo II do RICARF.

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 ENGISCH⁹.

No caso paradigmático, a empresa ZBT é criada especificamente, na condição de empresa "intermediária", para receber o ágio, e logo na sequência ser incorporada pelo investimento LIBRA TERMINAL 35.

A utilização das empresas "intermediárias", ou rotuladas "empresas veículos", encontra-se presente tanto nos presentes autos quanto no paradigma. A diferença reside precisamente na "qualificação" atribuída ao fato em cada uma das decisões.

No recorrido, a utilização da empresa intermediária não foi qualificada como artificial, o que por consequência afastou incidência da norma relativa à qualificação da multa.

Por outro lado, no paradigma, a empresa intermediária foi qualificada como artificial (premissa menor), atraindo a incidência da norma que imputa à multa de ofício o percentual de 150%.

Nesse sentido, demonstrada a divergência, razão pela qual se deve dar seguimento ao recurso.

Portanto, voto para dar **conhecer** do recurso especial da PGFN.

III. Conclusão.

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

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura

⁹ Adota-se o modelo previsto por ENGISCH para o operação de subsunção, entendendo-se premissa menor como o fato a ser qualificado e a premissa maior a norma jurídica. Ver: ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001

Processo nº 16561.720172/2012-20
Acórdão n.º **9101-003.365**

CSRF-T1
Fl. 8.481
